

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DU

SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

OU

DE L'INTERCESSION DES FEMMES

DROIT FRANÇAIS

CARACTÈRES JURIDIQUES

DU

CONTRAT D'ASSURANCE MARITIME

SA NATURE

OBJETS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE ASSURÉS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Georges DUMINIL

CAMBRAI

IMPRIMERIE DELIGNE ET LENGLET.

1894

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. MARIE, professeur.

Suffragants : { MM. GUILLOUARD, professeur.
CABOUAT, professeur.
GRANDMOULIN, chargé
de cours.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DU

SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

OU

DE L'INTERCESSION DES FEMMES

DROIT FRANÇAIS

CARACTÈRES JURIDIQUES

DU

CONTRAT D'ASSURANCE MARITIME

SA NATURE

OBJETS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE ASSURÉS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

sera soutenu le Vendredi 16 Mars 1894, à 3 heures,

PAR

Georges DUMINIL

CAMBRAI

IMPRIMERIE DELIGNE ET LENGLET.

1894

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DROIT ROMAIN

DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

OU

DE L'INTERCESSION DES FEMMES

INTRODUCTION.

Avant d'aborder l'étude du Sénatus-Consulte Velléien, nous croyons devoir rappeler brièvement quelle était, à Rome, la condition de la femme, et montrer par quelles étapes successives, après avoir été tout d'abord frappée de diverses incapacités dans l'intérêt de la famille, la femme arriva à conquérir son indépendance, pour retomber bientôt sous la tutelle de l'Etat et être soumise à de nouvelles incapacités dans ses rapports avec les tiers. Nous verrons ainsi la femme, qui, primitivement, était incapable comme épouse, comme fille, ou comme sœur, devenir incapable en tant que femme, lorsqu'elle se sera affranchie de la tutelle et de la *manus*. (1)

(1) V^r Gide, Etude sur la condition privée de la femme, p. 164.

C'est une opinion assez répandue que la femme, du moins dans les premiers siècles de Rome, était dans un état voisin de l'esclavage, et l'on ne trouve pas d'expressions assez sombres pour dépeindre ce joug odieux qui pesait sur elle. A ne consulter que les textes, on pourrait être tenté de verser dans cette erreur ; mais que l'on jette un coup d'œil sur l'histoire, que l'on pénètre les mœurs, et l'on voit la femme vénérée, entourée du respect de tous, étendre son influence jusqu'au sein des assemblées populaires et des conseils du Sénat. A chaque page de l'histoire romaine, la femme apparaît. « En vain les lois l'ont-elles exclue de toute participation aux affaires publiques ; sans cesse, son intervention, apparente ou cachée, décide des destinées de l'Etat. » (1)

Néanmoins, dans l'intérêt de la famille, l'indépendance de la femme n'était pas complète. Quatre pouvoirs venaient la limiter : la puissance paternelle et la puissance maritale qui s'exerçaient sur sa personne, la tutelle et la *manus* qui s'appliquaient aux biens.

Les deux premiers pouvoirs, fortement constitués à l'origine, eurent par la suite à subir diverses restrictions, sans cependant jamais disparaître. Ainsi Auguste obligea le père de famille à consentir au mariage de sa fille et à lui fournir une dot qu'elle reprendrait au cas de divorce ou de veuvage. Antonin

(1) Gide op. cit., p. 411. — Claudio Jannet, Etude sur la loi Voconia, p. 8 et 15.

le Pieux fit prévaloir les droits du mari sur ceux du père, en contraignant celui-ci à respecter le mariage accompli. L'adultère de la femme qui, jusqu'à la fin de la République, ressortissait du tribunal domestique, releva à partir de cette époque d'un tribunal spécial auquel le mari lui-même fut soumis.

La tutelle et la *manus* furent également sujettes à de nombreuses vicissitudes ; mais, n'étant pas, comme la puissance paternelle et la puissance maritale, fondées sur la nature même, elles finirent par disparaître complètement.

La tutelle perpétuelle des femmes commença à s'affaiblir, même sous la République, par suite de l'usage de plus en plus fréquent de la tutelle testamentaire et de la création d'un nouveau tuteur, le tuteur *optivus*. Grâce à *l'optio tutoris* que le mari pouvait accorder dans son testament à sa femme restée *in manu*, celle-ci avait le droit de choisir elle-même son tuteur et de le changer à son gré si *l'optio* était *plena*, ou seulement un nombre de fois déterminé si *l'optio* était *angusta*. Ces tuteurs étrangers, qui n'avaient pas comme les tuteurs légitimes intérêt à la conservation des biens dans la famille, laissaient à la femme une gestion pleine et entière. De là à la disparition complète de cette institution il n'y avait qu'un pas.

Cet abandon des mœurs primitives fut sanctionné d'abord par Auguste, qui, dans la loi Papia Poppæa, dispensa de la tutelle les femmes ingénues lorsqu'elles

avaient trois enfants, et les affranchies lorsqu'elles en avaient quatre. Vint ensuite la loi *Claudia* qui, sous l'empereur Claude, supprima la tutelle légitime des agnats. La tutelle testamentaire et celle déférée par le magistrat subsistèrent. Mais comme les tuteurs n'étaient plus en pareil cas les héritiers *ab intestat* de la femme, ils n'avaient plus le même intérêt que les tuteurs légitimes à refuser leur *auctoritas*. Aussi Gaius nous apprend-il que le tuteur n'interposait plus son *auctoritas* que *dicis gratia*, c'est-à-dire par respect de la forme, et que souvent le magistrat intervenait pour le contraindre à la donner (G. 1.190). (1) Cette forme même disparut dès Constantin, et la tutelle des femmes ne fut bientôt plus qu'un souvenir.

Quant à la *manus*, on ne rencontre pas, comme pour la tutelle, une série de dispositions législatives venant battre en brèche cette institution solide et puissante. Elle tomba d'elle-même sans qu'on ait eu besoin de la renverser. (2)

Il est probable qu'à l'origine la *manus* formait un élément essentiel de l'union conjugale. Ainsi contracté, le mariage imposait à la femme une étroite dépendance ; il rompait les liens qui l'unissaient à sa famille pour la faire passer dans celle de son mari. La femme cessait d'être la *filiafamilias* de son père, elle cessait d'être l'agnate de ses tuteurs qui per-

(1) Gaston May, *Elém. de Droit romain*, p. 118.

(2) Gide *op. cit.*, p. 439.

daient tout droit à sa succession ; en un mot, elle était traitée comme la fille de son mari, comme la sœur de ses enfants (Gaius I, § III). Dans ces conditions, les agnats tuteurs devaient être peu disposés à consentir au mariage, et sans leur aveu, cependant, le mariage était impossible. Aurait-on pu les forcer à sacrifier leurs droits ? Mais ces droits étaient sacrés : gardiens des intérêts de la famille, c'était pour eux un devoir d'empêcher que le patrimoine de leurs ancêtres ne passât à des étrangers. Pour donner satisfaction à tous ces besoins contradictoires, il fallut imaginer un mariage qui n'entraînât pas le changement de famille : le mariage *sine manu* fut créé. (1)

Dès lors la *manus* ne fut plus une suite inévitable du mariage ; bientôt même, elle put exister sans lui, et la femme fut autorisée à contracter la *conventio in manum* avec une personne étrangère tout comme avec son mari.

Une fois séparée ainsi de l'institution qui était sa force, la *manus* ne tarda pas à tomber en désuétude. L'émancipation de la femme finit par précéder son mariage, et on vit des femmes mariées jouir d'une liberté civile illimitée.

Dans les premiers siècles de l'empire, une révolution complète s'est donc accomplie dans la condition de la femme. Les quatre pouvoirs domestiques ont disparu, et l'indépendance qu'elle

(1) Gide op. cit., p. 127. — Claudio Jannet op. cit., p. 43.

a conquise est immense. Malheureusement, elle ne sut point user sagement de sa liberté, et l'abus qu'elle en fit nécessita des mesures nouvelles tant dans son intérêt que dans celui de la cité.

Caton n'avait pas réussi à faire maintenir la loi Oppia, et, malgré les nombreuses lois somptuaires, on n'avait guère enrayé le progrès toujours croissant du luxe chez les femmes. Pour en tarir la source il n'y avait qu'un moyen : les empêcher de s'enrichir ; c'est cette pensée qui inspira la loi Voconia. Le remède, cependant, était loin d'être suffisant pour atteindre le débordement des vices qui, à la suite du luxe effréné, avaient envahi la cité. Auguste, dans le but de rappeler les Romains au culte des vertus de leurs ancêtres, édicta toute une série de lois qui vinrent amplifier et presque absorber la loi Voconia. Mais rien ne fit ; les mœurs et les vertus publiques continuèrent à disparaître. Impuissant à punir la femme de ses dérèglements, le législateur eut alors recours à une mesure extrême : il créa à la femme une situation à part dans la société en lui interdisant jusqu'aux actes qui, sans être illicites, pouvaient la faire sortir de la réserve qui convient à son sexe, et ainsi, il la contraignit à reprendre la condition qu'elle n'aurait jamais dû abandonner, et dans laquelle les mœurs seules avaient suffi si longtemps à la maintenir. A partir de ce moment, la femme ne put plus s'occuper que de ses propres affaires ; défense lui fut faite de s'ingérer dans les

affaires d'autrui, « *ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres.* » (L. I, § 5, D. III, 1). Un édit du préteur la priva du droit de postuler, c'est-à-dire d'agir en justice pour le compte d'autrui. Bientôt, la prohibition fut étendue à tous les actes judiciaires que la femme pouvait faire jusqu'alors pour autrui ; on la déclara incapable de tenir une maison de banque ; on alla même jusqu'à lui contester le droit de témoigner en justice. Enfin, pour compléter la liste de ces incapacités, on lui interdit de s'engager pour la dette d'autrui. C'est cette dernière disposition, connue sous le nom de Sénatus-Consulte Velléien, qui va faire l'objet de notre étude. (1)

(1) Gide op. cit., p. 172.

CHAPITRE I.

DATE, BUT ET ESPRIT DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN.

La date du Sénatus-Consulte Velléien n'est pas connue d'une façon précise. La loi 2, § 1, D. 16, 1, mentionne bien les noms de deux consuls, Marcus Silanus et Velleius Tutor, qui en ont fait la proposition au Sénat ; mais, ces noms diffèrent sensiblement de ceux qui figurent sur les fastes consulaires. Il est cependant fort probable qu'il n'y a là qu'une simple erreur, et que les deux consuls indiqués par Ulpien ne sont autres que Junius Silanus et Velleius Rufus que l'on trouve en charge en l'an 46, sous le règne de Claude. (1)

Dans tous les cas, la date du Sénatus-Consulte est nécessairement comprise entre l'année 41, dans laquelle eut lieu l'avènement de Claude, et l'année 79, époque de la mort de Vespasien. D'une part, en effet, dans la loi 2 pr., D. 16, 1, Ulpien nous dit : « *Et primo quidem temporibus divi Augusti, mox deinde Claudii, edictis eorum erat interdictum ne feminæ pro viris suis interce-*

(1) Ch. Maynz, Cours de Droit romain, tome 2, p. 418. — Ortolan, Explication historique des Inst., tome 3, p. 241.

derent, » et il ajoute dans le § 1, de la même loi : « *Postea factum est Senatus-Consultum.* » D'autre part, la loi 16, § 1, D. h. t. prouve que Gaius Cassius, qui mourut sous Vespasien, connaissait le Sénatus-Consulte.

Ce qui nous porte à croire que le Sénatus-Consulte Velléien est de l'année 46, c'est que nous trouvons sous le règne de Claude plusieurs autres dispositions législatives concernant les femmes. (1)

Voici le texte de ce Sénatus-Consulte tel qu'il nous a été conservé par Ulpien (l. 2, § 1, D. 16, 1).

Quod Marcus Silanus et Velleius Tutor consules, verba fecerunt de obligationibus fœminarum, quæ pro aliis reâ fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt : quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint fœminæ, pertinet, tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi, et ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum, arbitrari senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur.

Attendu que Marcus Silanus et Velleius Tutor, consuls, Nous ont soumis, concernant les obligations des femmes qui se constitueraient débiteuses pour d'autres, une proposition réglant ce qu'il faut décider à ce sujet, Nous y avons ainsi statué après délibération : En ce qui concerne les fidejussions et les emprunts pour autrui, quoique déjà auparavant le droit semble avoir été fixé en ce sens que l'on ne donne contre elles, à ce titre, ni action réelle, ni action personnelle, parce qu'il n'est pas juste que les femmes remplissent des charges viriles, et soient liées par des obligations de ce genre, Nous estimons que ceux devant qui on se présentera en justice en pareil cas, agiront sagement et régulièrement, en veillant à ce que notre volonté sur ce point soit respectée.

(1) Maynz op. cit., t. 2, page 418.

Ce Sénatus-Consulte n'est que la confirmation d'une jurisprudence antérieure « *ante videtur ita jus dictum est.* » Déjà, des édits d'Auguste et de Claude avaient défendu aux femmes d'intercéder en faveur de leurs maris ; le Velléien étend cette prohibition aux obligations qu'elles pourraient contracter vis-à-vis des tiers ; mais, il ne leur interdit pas de s'obliger pour elles-mêmes.

Ici se présente une question qui a de tout temps divisé les commentateurs. Cette grave incapacité qui frappe les femmes, sur quel fondement repose-t-elle ? Quel en est le motif ? Deux opinions bien tranchées se sont fait jour :

Certains interprètes croient qu'en édictant cette incapacité, le législateur a été guidé uniquement par une pensée politique, qu'il a voulu « restreindre la capacité des femmes pour réprimer leur influence » et « reprendre une partie de ce que les mœurs avaient enlevé à leur antique dépendance. » (1)

D'autres, au contraire, cherchant les précédents historiques de cette incapacité, non dans le principe traditionnel qui excluait les femmes de tout office viril, mais dans les édits d'Auguste et de Claude rendus au profit des femmes, dans l'intérêt de leur dot, n'y voient qu'une mesure de protection. (2)

Malgré l'autorité des défenseurs de ces deux opinions, nous croyons qu'elles sont trop exclusives.

(1) Troplong, *Cautionnem.* nos 176, 181, p. 158 et suiv. — Gide *op. cit.*, p. 174.

(2) Vinnius : *Selectarum juris questionum*, lib. I, cap. XLVIII. — Merlin, *Répert. de jurispr.* — V^r S. C. Velléien, § 1^{er}, I.

L'une et l'autre ont leur part de vérité, et c'est en les combinant que se dégagera la notion exacte de l'esprit du Sénatus-Consulte.

A n'examiner que le texte, il semble que le Sénat ait obéi à une pensée purement politique : « *Tametsi ante videtur ita jus dictum esse..... cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum.* » Plusieurs lois, entre autres la loi 2 de *regulis juris* (50-17) qui nous montre que toute participation, même privée, aux affaires d'autrui est considérée comme un office public, paraissent renforcer cette conjecture. (1) Mais, à côté de ces textes, il en est d'autres qui laissent entrevoir clairement l'idée de protection. Tels sont les §§ 2 et 3 de la loi 2 D. h. t. : *Opem tulit mulieribus, propter sexus imbecillitatem, multis hujusmodi casibus suppositis atque objectis..... Deceptis opitulatur..... Infirmis fœminarum auxilium meruit.* »

De la combinaison de ces textes, il ressort donc avec évidence que si l'idée politique a surtout présidé à la confection du Sénatus-Consulte, l'idée de protection n'y a cependant pas été étrangère. (2) Faute de l'admettre, quantité de textes restent inexplicables. Comment comprendre, en effet, que la loi distingue entre les actes où l'appauvrissement pour la femme est immédiat et imminent, et ceux qui ne

(1) V. L. I, § 1. D. h. t.

(2) Molitor, Cours de Droit romain approfondi, t. II, p. 600.

doivent produire leurs effets que sous condition et dans un avenir éloigné ? Qu'elle défende ceux-ci et autorise ceux-là ? N'est-ce pas parce que la femme cède d'autant plus facilement à sa bonté naturelle qu'elle ne prévoit pas la conséquence de son engagement, et que, pour cette raison, elle a besoin d'être protégée contre son propre entraînement ? (1)

L'esprit et le but du Sénatus-Consulte Velléen étant connus, nous allons en étudier successivement les cas d'application, les exceptions qu'il comporte, les effets et les modifications que lui fit subir Justinien. Dans un court appendice, nous verrons le rôle qu'il a joué dans l'ancien Droit français et ce qu'il est devenu dans l'état actuel de notre législation.

(1) Demangeat, Cours de Droit romain, t. II, p. 273. — Laboulaye, Condition des femmes, p. 72.

CHAPITRE II.

DE L'APPLICATION DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN.

§ I. — Définition de l'Intercession. — Ses différentes espèces. — Conditions qu'elle doit remplir.

« *Intercéder*, c'est s'obliger volontairement pour la dette d'un autre, soit de manière à le libérer immédiatement, soit en restant obligé avec lui et pour lui. » (1)

Trois conditions sont donc nécessaires pour qu'il y ait intercession.

Il faut :

1^o Que celui qui veut intercéder devienne débiteur ;

2^o Qu'il prenne à sa charge ou garantisse une obligation étrangère ;

3^o Qu'il traite avec le créancier. (2)

Envisagée au point de vue du Sénatus-Consulte Velléien, cette définition est trop générale, car elle dépasse le double but que s'est proposé le Sénat, à savoir : écarter les femmes de la participation aux

(1) Ortolan, Explication historique des Institutes, t. 3, p. 242.

(2) Maynz, t. 2, p. 402.

affaires d'autrui, les protéger contre leur propre entraînement. Aussi, n'y aura-t-il pas intercession dans le sens du Velléien, si la femme, en prenant sur elle la dette d'autrui, ne fait, au fond, que gérer sa propre affaire, ou si elle s'oblige *animo donandi*.

Restreignant donc la définition que nous avons donnée, nous dirons que, au point de vue particulier qui nous occupe, l'intercession c'est tout acte par lequel la femme traitant avec le créancier, sans avoir un intérêt personnel, devient débitrice d'une obligation étrangère.

Les cas d'intercession ont été classés de diverses façons par les interprètes anciens et modernes.

Les romanistes allemands (1) les répartissent en deux catégories. Ils distinguent suivant que l'intercession est privative ou cumulative.

Il y a *intercession privative*, lorsque l'intercédant libère ou empêche de devenir débiteur celui pour lequel il intervient.

Il y a *intercession cumulative*, lorsque l'intercédant s'oblige non plus au lieu et place du débiteur originaire, mais concurremment avec lui pour renforcer son obligation.

L'intercession cumulative est *principale* quand le créancier peut à son choix poursuivre l'intercédant ou le débiteur primitif ; c'est ce qui a lieu au cas de corréalité. Elle est *accessoire* ou subsidiaire quand le

(1) Maynz reproduit la division adoptée par les Allemands. Cours de Droit romain, t. II, p. 403.

créancier ne peut poursuivre l'intercédant que s'il n'obtient pas paiement du débiteur originaire.

Si ingénieuse que soit cette division, nous ne l'adopterons pas, et suivant dans nos développements la méthode des romanistes français, nous distinguerons deux cas d'intercession :

1^{er} CAS. — Celui où la femme prend à sa charge, *seule* ou *concurrentement* avec le débiteur originaire, une obligation préexistante.

2^e CAS. — Celui où elle prend *ab initio* la place de celui qui devait devenir débiteur, et crée ainsi une obligation nouvelle. (1)

C'est du reste la division présentée par le Sénatus-Consulte Velléien : « *Fidejussiones et mutui dationes pro aliis.* » Il est vrai que le texte ne parle que des fidéjussions et des emprunts ; mais la jurisprudence a étendu la défense à tous les actes d'intercession : « *Omnis omnino obligatio Senatus-Consulto Velleiano comprehenditur : sive verbis, sive re, sive quocumque alio contractu intercesserint.* » (3 §, 4 D. h. t.

Reprenons ces deux cas pour les étudier en détail :

1^{er} CAS. — La femme se charge d'une obligation ancienne, soit en prenant la place du débiteur originaire, soit en s'engageant *concurrentement* avec lui.

1^o La femme se joint à l'obligation d'autrui :

A. — En se portant *adpromisor*, c'est-à-dire en accédant *verbis* à la dette d'un tiers.

(1) V^r Accarias, Précis de Droit romain, t. II, p. 385 et 386, § 1, 2^o.

Le Droit romain a connu trois sortes d'*adpromissiones* : la *sponsio*, la *fidepromissio* et la *fidejussio*. Cette dernière, qui constituait une sûreté moins fragile, et par conséquent plus pratique, après avoir coexisté quelque temps avec les deux autres, finit par les supplanter.

B. — En se portant *mandator pecuniæ credendæ*, c'est-à-dire en donnant à ses risques et périls mandat à quelqu'un de devenir créancier d'une personne déterminée. Contrairement à l'*adpromissio* qui n'est qu'un contrat accessoire, le *mandatum pecuniæ credendæ* est un contrat principal entièrement distinct du contrat qui se réalise entre le créancier et le débiteur.

C. — En faisant un *pacte de constitut pro alio*, c'est-à-dire en s'engageant à payer à jour fixe la dette d'autrui.

D. — En constituant sur sa chose un droit de *gage* ou d'*hypothèque* pour sûreté de la dette d'un tiers.

Bien que, dans cette hypothèse, on engage sa chose et non sa personne, tout le monde s'accorde à y voir néanmoins une véritable *intercession*.

2^o La femme prend à sa charge une obligation préexistante, et libère ainsi le débiteur primitif :

En se portant *expromissor*. — L'*expromissio* est une novation par changement de débiteur, c'est un acte par lequel une personne s'oblige *verbis* au lieu et place de l'obligé principal qui, par là, se trouve libéré.

Prise dans un sens général, l'*expromissio* comprend non seulement cette espèce de novation qui a lieu quand l'intercédant se présente spontanément et sans mandat du débiteur primitif, mais encore :

A. — La *délégation*, qui suppose un mandat donné à l'intercédant par l'ancien débiteur, et qui se fait soit par stipulation, soit au moyen de la *litis contestatio*. « *Vel per stipulationem, vel per litis contestationem.* » (Ulpien L. II, D. 46, 2).

B. — La *defensio pro alio*, qui a lieu lorsque l'intercédant se présente en justice pour jouer le rôle de défendeur à la place du débiteur, et courir ainsi les chances de la condamnation. Ulpien, dans la loi 2, § 5, D. h. t., nous dit positivement qu'il y a là une *intercessio* : « *Sed etsi mulier defensor alicujus exstiterit, procul dubio intercedit,* » et il ajoute un peu plus loin dans la même loi : « *Quippe cum ea re subeat condemnationem...* » Pomponius, dans la loi 23, *De solut. et liber.*, nous dit aussi : « *Solutione vel judicium pro nobis accipiendo, et inviti et ignorantes liberari possumus.* »

C. — La réponse à une *interrogatio in jure*, par laquelle une personne, se chargeant de la dette d'une autre, se trouve débitrice et exposée à des poursuites à la place du débiteur. Nous en trouvons des exemples dans les lois 23 et 26 D. h. t.

D. — Le *compromis*, fait par quelqu'un au nom d'un autre au lieu et place duquel il se trouve obligé. (1)

(1) V^r Accarias, t. II, p. 124, note 1.

II^e CAS. — La femme se charge par intercession d'une obligation nouvelle :

Lorsqu'elle contracte en apparence pour elle-même, et, en réalité, pour un tiers qui profitera ainsi de l'opération tout en n'y ayant pas figuré.

Comme type de ce genre d'*intercessio*, le Sénatus-Consulte mentionne les *mutui dationes*. La femme s'interpose de cette manière quand elle prend dans un contrat la place de celui qui allait emprunter, et agit effectivement pour le compte de ce dernier, alors qu'elle paraît agir dans son propre intérêt.

Mais pour que l'engagement de la femme soit inefficace, il faut que le créancier ait été de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il ait eu connaissance de l'intention où était la femme d'intercéder, sinon le Sénatus-Consulte ne pourrait lui être opposé. C'est ce que disent la loi 19 au Code (ad Set. Vell.) et plusieurs autres textes où nous trouvons des exemples d'intercession déguisée. (LL. 8, § 14 et 15 ; 11, 12, 28 § 1, et 29 pr. D. h. t.)

§ II. — **A quelles personnes le Sénatus-Consulte défend-il d'intercéder ?**

Le Sénatus-Consulte défend aux femmes de s'obliger pour autrui ; en d'autres termes, de faire une intercession. Les expressions *feminae*, *mulieres*, dont se servent les textes (LL. 1 pr. ; 2 pr. et § 1 D. h. t.) sont générales ; elles s'appliquent à toute

personne du sexe féminin, sans distinction d'âge ou de condition. Ce n'est donc plus seulement, comme sous Auguste et Claude, la femme mariée qui est incapable d'intercéder en faveur de son mari ; c'est toute femme quel que soit le débiteur pour lequel elle s'est obligée, quel que soit le créancier en faveur de qui elle a contracté. (1)

I. — La prohibition du Sénatus-Consulté est absolue, disons-nous, et s'applique quel que soit le débiteur pour lequel la femme s'est obligée.

Les textes nous donnent de nombreuses applications de ce principe.

Elle ne peut s'obliger :

Ni pour son mari « *neque maritum... permittitur mulieri intercedere* ; » ni pour son père, « *neque patrem...*, » ni pour son fils « *neque filium...* » (L. 2, § 5, D. h. t.) ;

Ni pour un pupille, ni pour un mineur de vingt-cinq ans (L. 8, § 15, D. h. t.) Ulpien, dans ce texte, se demande si l'obligation de la femme étant nulle, le pupille ou le mineur ne seront pas tenus, et il répond affirmativement ; toutefois, le premier ne sera tenu que dans la limite de son enrichissement, « *quatenus locupletior factus est*, » et le second pourra demander, après les poursuites des créanciers, la *restitutio in integrum*.

La loi I au Code 5, 46 « *si mater indemnitatem promisit* » fournit encore une application particulière

(1) Maynz op. cit., tome 2, p. 248. — Accarias, t. 2, p. 388.

de notre principe. Il ne serait pas permis à la femme d'intercéder pour des magistrats qui auraient nommé à ses enfants les tuteurs qu'elle leur aurait demandés. Dans la loi 3, on trouve une décision semblable. Il y a, cependant, un cas où la femme serait obligée : c'est lorsque le décret du prêteur porte expressément que le tuteur a été nommé à ses risques et périls « *nisi specialiter, ejus periculo dari, decreto fuerit comprehensum.* »

II. — La prohibition du Sénatus-Consulte s'applique encore quel que soit le créancier envers lequel elle s'oblige.

Papinien, dans la loi 27, § 1, D. h. t., fait une application de ce principe. Il suppose que des esclaves, préposés à un commerce de leur maître, ont accepté pour débiteur une femme, à la place d'un tiers avec lequel ils avaient conclu l'affaire. Une action contre la femme est donnée au maître du chef de ses esclaves ; mais s'il agit, elle pourra le repousser au moyen de l'exception du Sénatus-Consulte. Au premier abord, cette solution semble contraire au principe d'après lequel la condition d'un maître ne peut être rendue pire par le fait de son esclave. Cependant il n'en est rien : le maître, en effet, dit Papinien, n'est pas appauvri, il manque seulement de s'enrichir ; sa condition n'est donc pas rendue pire.

§ III. — Cas où il n'y a pas d'intercession entendue dans le sens du Velléien.

Pour qu'il y ait intercession au sens du Velléien, il faut, outre les trois conditions nécessaires à toute intercession, deux conditions particulières. Rappelons ces cinq conditions déjà énumérées. La femme doit :

1^o Obliger sa personne ou sa chose ;

2^o Prendre à sa charge ou garantir l'obligation d'un tiers ;

3^o Traiter avec le créancier ;

4^o N'avoir pas d'intérêt personnel ;

5^o Ne pas s'obliger, *animo donandi*, dans l'intention de libérer le débiteur.

Quelques mots de développement sur ces divers caractères de l'intercession prohibée.

1^{re} CONDITION. — La femme doit obliger sa personne ou ses biens.

Il faut pour qu'il y ait intercession de la part de la femme, qu'elle engage pour autrui sa *personne* ou sa *chose*. Dès lors elle peut, sans contrevenir au Sénatus-Consulte Velléien, faire tout acte d'aliénation qui n'est pas l'exécution d'une obligation antérieurement contractée pour autrui, quoiqu'il diminue son patrimoine (L. 8, § 5, in fine, D. h. t. « *non quæ diminuit restituitur.* » La loi suppose que l'intérêt de la femme l'empêchera de faire inconsidérément des actes qui l'appauvriraient d'une

manière évidente et actuelle ; mais, elle craint qu'elle ne se laisse trop facilement entraîner à contracter un engagement dont elle espérerait être indemnisée, et dont les conséquences seraient reportées dans un avenir éloigné « *facilius se obligat mulier quam alicui donat.* » (L. 4, § 1. D. h. t.) (1)

La femme peut donc valablement faire pour un tiers un paiement, ou tout autre acte équivalent, (2) *datio in solutum*, délégation, renonciation à un gage ou à une hypothèque. (LL. 4, § 1 D. ; 1 et 4 C. Lib. 4, t. 29 ; 5 et 8 pr. et § 5 D. ; LL. 21 et 11 C. h. t.) Qu'elle ait agi *animo donandi*, ou qu'elle se soit réservé un recours contre le débiteur qu'elle a libéré, il n'importe, car elle n'est pas incapable de faire des libéralités, et bien loin de s'obliger pour autrui, elle oblige envers elle le débiteur libéré, ce qui lui est également permis. (3)

A propos de la délégation, deux textes ont donné lieu à une difficulté. Dans la loi 5 (D. h. t.) Gaius dit qu'il n'y a pas *intercessio* lorsque la femme délègue son propre acheteur qui lui doit encore le prix d'acquisition, au créancier d'un tiers. De son côté, Pomponius semble admettre une décision contraire dans la loi 32, § 2, h. t. Voici l'hypothèse que fait ce jurisconsulte : une femme a vendu un fonds de terre au créancier de son mari ou de tout

(1) Demangeat, Cours élémentaire de Droit romain, t. II, p. 273.

(2) Accarias, Précis de Droit romain, p. 388, t. II. — Molitor, des Obligations en Droit romain, t. II, p. 553.

(3) Doneau, sur la loi 9, C. h. t., t. VIII, p. 190.

autre, circonstance indifférente, fait remarquer Pomponius, à la condition que le prix servirait à la libération du débiteur. Plus tard, la femme revendique son immeuble ; en vain, l'acheteur lui opposera-t-il l'exception *rei venditæ et traditæ*, elle la paralysera par la réplique *aut si ea venditio contra Senatus-Consultum facta sit*. — Comment concilier ces deux textes ? On pourrait dire, et c'est l'explication généralement donnée, que, dans l'hypothèse de la loi 32, la vente a été la conséquence d'une obligation préexistante. C'est pour exécuter une obligation antérieurement contractée par elle que la femme a aliéné son fonds. (1) Or, aux termes de la loi 1, C. h. t., il faut, pour que le Sénatus-Consulte ne s'applique pas, que la femme fasse un paiement, une *datio in solutum* ou une délégation, sans être obligée par avance « *quum obligatæ non essent*. » Mais les textes ne faisant pas cette supposition, il paraît plus juste d'admettre que, dans la loi 5, il s'agit d'une femme qui, ayant d'abord vendu sans songer à faire une intercession, délègue plus tard son débiteur au créancier de son mari, tandis que dans la loi 32, la femme fait une intercession, parce qu'en vendant son fonds, elle se soumet à l'action *empti*, ce qui constitue précisément l'intercession prohibée par le Velléen.

Puisqu'il faut que la femme s'oblige ou oblige ses biens pour qu'il y ait intercession, elle peut

(1) Molitor op. cit., p. 554.

valablement faire remise d'un droit de gage ou d'une hypothèque (L. 8, D. et 21 C. h. t.) ; ce fait ne constitue pas une intercession : il est évident qu'elle ne s'oblige pas, de plus l'acte n'intervient qu'entre deux personnes, et nous savons qu'il en faut trois pour qu'il y ait intercession. (1) — La femme pourrait faire cette remise quand bien même, dit la loi 11 C. h. t., le débiteur serait son mari, et le mariage subsisterait encore. Cette renonciation à un gage ou à une hypothèque lui garantissant sa dot ne constituerait pas même, d'après Papinien, une donation entre époux. (L. 18, D. 42, 8).

Si la femme, au lieu de renoncer purement et simplement à son hypothèque, renonçait seulement à son rang en faveur d'autres créanciers, c'est-à-dire, réalisait la convention appelée : *pactum de postponendo*, il y aurait là une véritable intercession. C'est ce qui résulte de la loi 17, § 1 D., qui, à première vue, semble en contradiction avec la loi 8 pr.

Dans ce texte, Africain suppose qu'une femme divorcée, Sempronia, a reçu de son mari, Mévius, le fonds Cornélien pour lui garantir la restitution de sa dot et une autre créance qu'elle a contre lui, à raison d'un prêt d'argent. Ce Mévius, voulant emprunter une nouvelle somme, et n'ayant pas

(1) Doneau, sur la loi 11, Code. ht., t. VIII, p. 194 : « *Mulier pignus debitori suo remittens nullo modo intercedit, duabus de causis. Primum, quia quæ remittit pignus se non obligat, aut ullam suam rem. Deinde quia, etsi se obligaret debitori suo, tamen obligaret se debitori suo ipsius debitoris nomine. Nemo autem obligans se apud aliquem, ejus ipsius nomine intercedere dicitur.* »

d'immeuble à donner en gage, dit à Titius auquel il s'adresse et qui exige une garantie, qu'il a engagé à Sempronia son fonds Cornélien. Titius va trouver Sempronia qui lui déclare bien qu'en effet le fonds lui garantit la restitution de sa dot, mais elle n'ajoute pas qu'il garantit aussi une créance d'argent prêté. — Titius fait restituer à Sempronia ce qu'il lui est dû *dotis nomine*, puis reçoit en gage, pour garantir sa propre créance, l'immeuble qu'il croit libre. Plus tard, la femme intente contre lui l'action Servienne, en raison de la créance d'argent qu'elle a contre son mari; Titius lui oppose l'exception tirée de la convention de gage à laquelle elle a elle-même pris part. Sempronia peut-elle lui répondre par la réplique tirée du Sénatus-Consulte Velléen? Non, d'après Africain, car elle a trompé Titius en ne le prévenant pas que le fonds garantissait une autre créance que celle de sa dot. Si, au contraire, le créancier avait eu connaissance du prêt fait par Mévius à sa femme, celle-ci pourrait lui opposer la réplique du Sénatus-Consulte. Mais, remarquons-le bien, dans tous les cas, il y a intercession, puisque si on refuse la réplique à la femme, c'est uniquement à cause de sa mauvaise foi.

Il semble singulier, de prime abord, que l'on puisse dire qu'il y ait intercession dans cette hypothèse, quand la loi 8 pr. dit « *redditionem pignoris... non esse intercessionem.* » La distinction faite par la loi entre le cas où la femme fait remise de son gage, et celui où elle ne sacrifie que son rang

de créancière, se justifie cependant très bien : dans l'un, en effet, elle peut se faire illusion et croire qu'elle n'éprouvera aucun préjudice ; dans l'autre, au contraire, le sacrifice qu'elle fait est évident, elle peut facilement en prévoir les conséquences éloignées. (1)

2^e CONDITION. — La femme doit garantir ou prendre à sa charge l'obligation d'un tiers.

La deuxième condition de l'intercession c'est que la femme s'oblige pour autrui, « *Velleiano Senatus-Consulto plenissime comprehensum est ne pro ullo femine intercederent.* » (L. I pr. D. h. t.) (2)

Du reste, il ne s'agit pas de savoir si la femme rend service à autrui, mais si elle s'oblige ou non pour autrui. Le Sénat s'occupe du résultat obtenu ; ce qu'il défend, c'est que la femme se charge d'une dette pour qu'un autre soit libéré ou dispensé de la contracter.

Il suit de là que la femme peut :

1^o Contracter un emprunt ou s'obliger de quelque autre façon dans le but de faire profiter un tiers de l'argent qu'elle retirera de son engagement, et cela, bien que le créancier connaisse l'intention dans laquelle elle agit. (L. 4. § I. D. : L. 13. C. h. t.)

Dans cette hypothèse, en effet, si la femme contracte, ce n'est pas pour libérer le tiers ou l'empêcher de s'obliger ; or, il ne lui est nullement défendu d'em-

(1) Gide op. cit., p. 177. — Doneau, sur la loi 5, C. h. t. « *Obligatio pignoris species est alienationis* » t. VIII, p. 179.

(2) V. M. Machelard, Des Oblig. natur. en Droit romain, p. 276. — Molitor, Cours de Droit romain approfondi, t. II, p. 554.

ployer l'argent provenant de son engagement à l'usage qui lui convient. Il en serait autrement si, pour tourner la loi, elle contractait en apparence pour elle-même, mais, en réalité, pour un autre qui se trouverait ainsi libéré ou dispensé de s'obliger. Ce cas constituerait une *mutui datio*, opération défendue par le Sénatus-Consulte Velléien. Il faudrait alors rechercher si le créancier était de mauvaise foi, c'est-à-dire connaissait l'intention de la femme, pour savoir si l'exception Velléienne peut lui être opposée.

2^o Recevoir d'un débiteur le paiement de ce qu'il doit à un autre, et promettre de lui rapporter la ratification du créancier.

Ce n'est pas là une intercession. La femme, il est vrai, est bien obligée, mais ce n'est pas la dette d'un autre qu'elle a prise à sa charge. Julien, dans la loi 15 D. dit que si elle ne remplit pas son obligation, elle ne pourra pas opposer l'exception du Sénatus-Consulte à l'action *ex stipulatu*, parce que ce qu'on lui demande, ce n'est pas d'exécuter un engagement, de payer pour un autre, mais de verser l'argent qu'elle conserve indûment.

3^o Garantir quelqu'un des risques et périls d'une entreprise, ou d'une opération quelconque qu'il veut tenter. (L. 6 pr. C.; LL. 8, § I ; 19, § I, D.) (1)

Dans la loi 6 pr. C. h. t., il s'agit d'une femme qui, voulant administrer elle-même les biens de son

(1) Molitor op. cit., p. 334, n° 1146.

fil, demande au tuteur de lui en conférer la gestion, lui promettant de l'indemniser si plus tard il vient à être condamné envers le pupille. Comme c'est elle-même qui a fait naître l'obligation, et qu'elle n'a nullement contracté pour autrui, elle ne pourra, le cas échéant, se soustraire aux poursuites du tuteur en s'armant du Velléien.

Il y aurait, au contraire, intercession, si cette femme promettait indemnité à un tuteur qui voudrait se faire excuser de la tutelle, dans la crainte que la fortune du pupille ne fût pas suffisante pour garantir les réclamations qu'il aurait plus tard à faire valoir par l'action *tutelæ contraria*. La femme, en effet, prendrait ici à sa charge une obligation étrangère, l'obligation future du pupille. (L. 6, § 1, C. IV, 29).

Nous trouvons encore des exemples de notre proposition dans les lois 8, § 1, et 19, § 1, D. :

Ulpien, dans la loi 8, suppose qu'un tuteur va vendre les immeubles de son pupille, soit pour payer les dettes de celui-ci, soit pour obéir à la loi. (1) La mère intervient et prie le tuteur de ne pas les vendre, lui promettant de l'indemniser si un jour il est poursuivi de ce chef. Cette intervention ne constitue pas une intercession, « *nullam enim obligationem alienam recepisse, neque veterem, neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem.* » (2)

(1) Jusqu'à Constantin, la loi ordonnait au tuteur de vendre les *prædia urbana* de son pupille (L. 22, Code 3, 37). — V^e Accarias, t. I, p. 369.

(2) Molitor op. cit., p. 334.

C'est pour la même raison que dans l'espèce rapportée par Africain au § 1 de la loi 19, la femme ne sera pas protégée par le Sénatus-Consulte si, donnant mandat à un tuteur de faire abstenir son pupille d'une hérédité qui lui est déférée, ce tuteur condamné envers le pupille à cause de sa mauvaise gestion vient à se retourner contre elle pour obtenir une indemnité.

Dans les hypothèses que nous venons de passer en revue, on suppose que la femme s'oblige seule. Il peut arriver qu'elle s'oblige avec un autre comme débitrice corréale. Si c'est pour se procurer un avantage ou éviter une perte équivalant au montant de la dette, qu'elle agit, il n'y aura pas d'intercession. Voici un exemple tiré de la loi 17, § 2, D. h. t., dont nous empruntons l'explication à M. Demangeat : (1) « Une maison qui vaut 1.000 appartient par indivis à Titius et à Sempronia ; les 100 qui ont été empruntés par eux ont servi à faire une réparation sans laquelle la maison entière eût péri. Evidemment, en pareil cas, la femme ne sera point considérée comme ayant intercédé pour Titius ; elle a bien véritablement fait sa propre affaire : car, l'esprit ne pouvant pas concevoir qu'on répare une maison pour une moitié indivise, si Sempronia n'avait emprunté que 50, elle n'aurait pu avec cette somme empêcher la perte de sa chose. Donc, en définitive, elle s'est obligée à 100 lorsque 100 lui

(1) M. Demangeat, *Obligations solidaires*, p. 344 et suiv.

étaient nécessaires pour sauver une valeur de 500 ; elle a pourvu à son propre intérêt. Il est bien entendu, d'ailleurs, que si effectivement c'est elle qui rembourse les 100 au prêteur, elle pourra, par l'action *communi dividundo*, recourir pour moitié contre Titius ; de même, si les 100 ont été empruntés avec la clause de corréalité, pour acquitter une redevance à laquelle était soumis le fonds indivis entre Titius et Sempronia, et pour empêcher ainsi la confiscation totale du fonds. » Si, au contraire, la femme s'oblige *correaliter*, alors qu'elle n'a aucun intérêt dans l'opération ou qu'elle n'y a qu'un intérêt limité, il y aura, suivant le cas, soit intercession totale, soit intercession partielle.

3^e CONDITION. — La femme doit traiter avec le créancier.

C'est là une troisième condition indispensable pour qu'il y ait intercession. *Intercedere*, c'est, d'après l'étymologie même du mot, *cedere inter*, c'est-à-dire intervenir ; or, pour qu'il y ait intervention, il faut de toute nécessité qu'il y ait, outre la personne qui se porte intermédiaire, deux autres personnes en présence ; l'*intercessor* doit être *inter duos veluti medius* ; on ne peut intercéder envers une personne pour cette même personne : *Quando vix sit, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intelligi possit*, disent les jurisconsultes romains. (L. 19 pr. D.) (1)

(1) Molitor op. cit., p. 554, n° 4116.

Les textes appliquent ce principe au cas où on promet à un débiteur de payer ses dettes (L. 19 pr. et § 2). Bien que la femme s'oblige alors *pro alio*, il n'y a pas d'intercession, parce qu'elle ne traite pas avec le créancier.

Une controverse s'est élevée sur le point de savoir s'il y avait intercession dans l'hypothèse rapportée par le § 4 de la loi 19. Africain, dans ce texte, suppose qu'un héritier institué fait adition sur la promesse que lui fait une femme de le dédommager des sommes qu'il n'aura pu obtenir des débiteurs du défunt. Certains interprètes, s'appuyant sur les derniers mots du paragraphe : « *Prope est ut sit intercessio*, » ont prétendu qu'il n'y avait pas intercession. Cette opinion semble difficile à admettre, car nous trouvons réunies ici les trois personnes nécessaires à la formation d'une *intercessio* : un créancier, un débiteur et une tierce personne traitant avec le créancier. A première vue, il est vrai, on pourrait être tenté de soutenir qu'il n'y a pas de différence entre l'hypothèse du § 4 et celle du § 2, et que l'une et l'autre comporte la même solution. Les deux situations ne sont cependant pas semblables : dans le § 4, la femme s'oblige pour les débiteurs du défunt; dans le § 2, au contraire, son intention n'est pas de s'obliger à la place de ces débiteurs, mais de s'engager envers l'héritier pour qu'il ne souffre aucun préjudice. (1)

(1) Molitor op. cit., t. II, p. 553.

Nous trouvons encore dans notre titre un certain nombre de textes dans lesquels il n'y a pas *intercessio*, parce que la femme s'oblige sans que le créancier intervienne. C'est ainsi que l'adition ou l'achat d'une hérédité, tout en entraînant pour la femme la charge des dettes du défunt ne constitue pas une *intercessio*. (LL. 32 pr., 43 pr. et 19, § 3, D.) Il en serait autrement si l'achat ou l'adition avait été déterminé par les manœuvres frauduleuses des créanciers de la succession, car elle aurait, en quelque sorte, traité avec eux, « *nisi si fraude creditorum id conceptum sit* » dit la loi 32. Bien que, dans ce texte, il ne soit question que de l'acceptation d'une hérédité, il n'y a aucune bonne raison pour ne pas l'étendre à l'achat d'une hérédité.

4^e CONDITION. — La femme ne doit pas avoir d'intérêt personnel à s'obliger.

« Il faut, dit M. Gide, que la femme s'oblige non seulement pour autrui, mais dans l'intérêt d'autrui. Si en s'obligeant pour autrui, elle retire de cet acte quelque profit personnel, si elle a quelque arrière-pensée intéressée, elle n'intercède pas dans le vrai sens du mot ; car, intercéder, c'est gérer l'affaire d'autrui, ce n'est point gérer sa propre affaire..... toutes les fois qu'elle aura voulu faire sa propre affaire, il n'y aura pas intercession, quelque préjudice qu'elle ait pu souffrir. » (1)

L'examen des textes nous permet de ramener à

(1) M. Gide op. cit., p. 178. — Molitor op. cit., t. II, p. 356.

quatre les cas où il n'y a pas d'*intercessio*, parce que la femme « *proprium negotium gessit.* »

1^{er} CAS. — La femme débitrice peut valablement, lorsqu'elle est déléguée par son créancier au propre créancier de celui-ci, s'obliger envers le délégataire, car, elle est ainsi libérée vis-à-vis du délégant. (L. 24, pr. D. h. t.)

Si elle n'était pas réellement débitrice, il y aurait *intercessio*, parce qu'elle s'obligerait d'un côté sans se libérer de l'autre. Africain, dans la loi 17 pr. D., nous donne comme exemple l'hypothèse suivante : un mari voulant faire une donation à sa femme, lui vend une chose à vil prix, puis il la délègue à son créancier comme débitrice du prix. Il n'y a là ni vente, ni donation, car « *inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio vilior, nullius momenti est.* » (L. 38, *De contrahenda empt.* D., 18, I). Puisqu'il n'y a pas de vente, la femme n'est donc pas débitrice de son mari, et, par conséquent, elle fait une *intercessio*. Aussi pourrait-elle opposer l'exception du Sénatus-Consulte, alors même, ajoute Africain, que le créancier délégataire aurait été de bonne foi, c'est-à-dire, aurait cru qu'elle était réellement débitrice de son mari. Il semble y avoir contradiction entre cette décision et la règle posée par la loi 4 pr. D. d'après laquelle, ainsi que nous l'avons vu, le créancier est protégé par sa bonne foi lorsque la femme s'oblige comme personne interposée. Il n'en est cependant rien, « *quoniam quidem plurimum intersit utrum cum muliere quis ab*

initio contrahat, an alienam obligationem in eam transferat, tunc enim diligentiores esse debere. »

Il y aurait encore *intercessio* si la femme s'obligeait envers le créancier de son créancier sans être déléguée, car elle ne se libérerait pas. (L. 24, § 1, D.)

2^e CAS. — La femme peut, sans qu'il y ait *intercessio*, s'engager par *expromissio*.

La loi 13 pr., D. h. t., nous en fournit un exemple :

Une esclave a donné un *expromissor* pour garantir le paiement d'une somme d'argent qu'elle a promise à son maître pour prix de son affranchissement. Devenue libre, elle reconnaît spontanément sa dette et se charge de l'obligation de son *expromissor*. Bien qu'elle ait pris sur elle une obligation étrangère, il n'y a pas d'intercession parce que, comme le dit Gaïus, « *prima facie, quidem alienam, re vera autem suam obligationem suscepit.* »

La loi 18, D. h. t., nous montre que la femme peut s'obliger *correaliter* en qualité d'*expromissor*, sans qu'il y ait *intercessio*. Selon M. Demangeat, (1) la distinction faite par Africain dans la loi 17, § 2, dont nous avons donné plus haut l'explication, doit s'appliquer également à l'espèce rapportée par la loi 18. Si la dépense faite était nécessaire pour sauver un fonds commun à la femme et à son *correus promittendi*, quand elle sera poursuivie *in solidum*, elle ne pourra invoquer l'exception du Sénatus-Consulte.

(1) M. Demangeat, Obligations solidaires, p. 347.

3^e CAS. — La femme peut prendre en justice la défense de celui qui, s'il était condamné, aurait un recours contre elle.

D'où il suit qu'elle peut défendre :

1^o Celui qui lui a vendu une hérédité. En effet, l'héritier poursuivi par un créancier de la succession réclamerait à la femme ce qu'il a payé en vertu de la stipulation *venditæ hereditatis*. (L. 3, D. h. t.)

2^o Son fidéjusseur. Celui-ci recourrait contre elle par l'action *mandati*.

4^e CAS. — La femme a été indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée *pro alio*, soit à l'avance (L. 22, D. h. t.), soit à l'instant même où elle a contracté (L. 23, pr. C.), soit après s'être obligée, mais avant d'être poursuivie (LL. 16 pr. et 21 pr., D. h. t.)

Il n'y a pas non plus d'intercession dans ce cas, parce qu'elle est censée avoir reçu un mandat salarié qu'elle doit remplir, et que, d'après la loi 15, D. h. t., elle ne peut agir *de lucro* contre le mandant.

Pour qu'elle soit réputée avoir touché le prix de son intercession, il suffit, nous dit Justinien dans la loi 23 pr., C. h. t., qu'elle ait touché *aliquid*, une somme quelconque, et il ajoute que si un acte public, signé de trois témoins et rédigé pour constater l'intercession, déclare que la femme a reçu quelque chose, cette mention doit être réputée vraie d'une façon absolue, « *omnino esse credendum.* »

5^e CONDITION. — La femme ne doit pas s'obliger *animo donandi*.

Telle est la dernière des conditions requises pour que l'obligation de la femme tombe sous l'application du Sénatus-Consulte Velléen.

Si donc l'acte de la femme est, au fond, une libéralité envers celui pour qui elle s'oblige, il n'y a pas d'intercession dans le sens particulier qui nous occupe.

Les lois 8, § 5 et 21, § 1, D. h. t. nous présentent l'application de cette idée. Ces deux lois, qui permettent à la femme de déléguer son débiteur au créancier de quelqu'un, et de faire une donation, l'autorisent, d'une façon plus générale, à prendre un engagement quel qu'il soit pour éviter à son père « *propter solutionem vexari*. » Elle peut faire une libéralité à terme, c'est-à-dire s'obliger formellement à donner ou à payer, aussi bien que faire un paiement ou une libéralité instantanés, « *si quid liberaliter fecerit... non tuta erit Senatus-Consulto*. » (1)

Mais, comme le Sénatus-Consulte Velléen a pour but d'empêcher que la femme ne prenne pour l'avenir des engagements inconsiderés, il ne suffit pas, pour que l'intercession dégénère en donation, « que la femme agisse dans un esprit de libéralité et de bienfaisance, il faut qu'il y ait donation réelle, c'est-à-dire appauvrissement de la femme, enrichis-

(1) V^r Dubois, De la condition légale des femmes sous le rapport du Sénatus-Consulte Velléen, p. 60 et 61.

sement de celui en faveur de qui elle intervient, » en un mot, que son sacrifice soit évident et actuel. (1)

D'après cette idée, il est facile de voir qu'il ne s'agit ici que des intercessions où la femme s'oblige au lieu et place du débiteur, et non des intercessions où elle s'oblige conjointement avec le débiteur sans le libérer. Dans le premier cas, pourvu qu'elle renonce à tout recours, son sacrifice est évident, il constitue une véritable donation ; mais dans le second, la femme peut s'illusionner sur la position de celui pour qui elle intercède, penser qu'il arrivera à se libérer, et qu'en somme, au lieu de faire en sa faveur un véritable sacrifice, elle met uniquement son crédit à son service sans grande chance de perte. Dès lors, on est en plein dans la sphère d'application du Sénatus-Consulte Velléien.

(1) Gid. op. cit., p. 180.

CHAPITRE III.

DES EXCEPTIONS AU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN.

Nous avons déjà rencontré des cas où la défense d'intercéder cessait, parce qu'on ne se trouvait plus en présence des motifs qui avaient inspiré le Sénat, mais ces cas n'étaient pas des exceptions proprement dites.

Nous allons parcourir maintenant diverses hypothèses dans lesquelles la femme reste obligée, bien que son obligation présente tous les caractères d'une *intercessio*. Ces exceptions à la loi sont fondées soit sur la cause de l'intercession, soit sur la position du créancier, soit sur un fait de la femme. (1) Examinons ces dérogations :

1^o La femme a intercedé *pro dote*, c'est-à-dire qu'elle s'est obligée ou qu'elle a emprunté pour fournir une dot soit à sa fille, soit à quelque autre personne.

Cette exception, admise de bonne heure, *pictatis causâ*, lorsqu'il s'agissait d'une mère s'obligeant pour sa fille, fut confirmée plus tard par un rescrit des

(1) V^r Dubois, De la Condition légale des femmes sous le rapport du Sénatus-Consulte Velléien.

empereurs Valérien et Gallien ; mais ce n'est que sous Justinien qu'elle se généralisa, et que la promesse d'une dot faite par une femme pour une autre que pour sa fille put valablement l'engager (L. 25, C. h. t.)

2^o Elle a intercédé *pro libertate*, c'est-à-dire qu'elle s'est engagée principalement ou comme caution pour un esclave, afin que son maître lui donne la liberté.

Justinien, dans la loi 24, C. h. t., décide que dans cette hypothèse il faut imposer silence au principe du Sénatus-Consulte Velléien : « *Senatus-Consultum Velleianum in hoc casu tacere imperantes.* »

3^o Elle intercède pour une cause pieuse, le Sénatus-Consulte n'est pas applicable. C'est une de ces exceptions que Justinien étendra plus tard par faveur pour la cause qui en est l'objet. On peut d'ailleurs dire qu'ici la femme fait en quelque sorte sa propre affaire, car il y a de sa part un devoir de conscience à intervenir dans les cas que nous citent les textes. — Le préteur, dit la loi 3, § 2, D. 40, 12, peut, *cognitâ causâ*, admettre une femme à défendre en justice pour son mari ou pour un de ses cognats dans un procès sur leur qualité d'esclave ou d'affranchi, s'il ne se présente aucune autre personne pour jouer le rôle de défendeur. Il peut également l'admettre à défendre en justice, dans un procès quelconque, pour ses ascendants empêchés par l'âge ou la maladie, à la condition, ici encore,

qu'il n'y ait pas d'autre défendeur. (L. 41, D. 3, 3).

4^o Lorsqu'une mère ayant fait nommer à ses enfants un tuteur de son choix, le décret du prêteur porte expressément qu'il a été nommé aux risques et périls de la mère, le Sénatus-Consulte ne reçoit pas son application (L. 3, c.) (*Si mater indemnitatem promiserit*, 5, 46). Elle est dans ce cas tenue envers le pupille de l'obligation dont elle s'est chargée pour le tuteur ou pour les magistrats subsidiairement responsables. Il est juste, dit Doneau, (1) que les magistrats ne soient pas victimes de l'erreur où cette mère les aurait fait tomber.

5^o On sait que le *procuratur ad defendendum* est obligé de donner la *caution judicatum solvi*, avec garantie de fidéjusseurs ; si ces fidéjusseurs s'obligent en vertu d'un mandat que leur donne une femme, seront-ils fondés, lorsqu'ils seront poursuivis par le créancier, à invoquer du chef de cette dernière, l'exception du Sénatus-Consulte ? Le créancier pourra, dit la loi 6 au D. h. t. opposer une réplique de dol à l'exception du Sénatus-Consulte, et alléguer qu'il y a eu mauvaise foi de la part des fidéjusseurs de ne pas l'avertir qu'ils étaient délégués par une femme.

6^o Le créancier, vis-à-vis duquel la femme a intercedé, est un mineur de vingt-cinq ans, et le débiteur primitif est insolvable. Si, même dans ce

(1) Doneau, t. VIII, colonne 182. « *Æquum est igitur, si is detur, magistratum et rempublicam non decipi.* »

cas, l'on donnait à la femme l'exception du Sénatus-Consulte, le mineur serait lésé. L'intérêt de ce dernier a été préféré à celui de la femme à laquelle on refuse, pour cette raison, le droit de se prévaloir de son incapacité (L. 12, *De minoribus*, 4-4). (1)

7^o Le créancier est de bonne foi. J'entends ici par bonne foi du créancier, l'état de celui qui n'a pas su qu'il y avait une intercession prohibée. La loi 12, D. h. t. est formelle : « *Locus est Senatus-Consulto quum scit creditor eam intercedere*; » il faut conclure de là que si le créancier a pu raisonnablement ignorer que la femme fit acte d'intercession, le Sénatus-Consulte n'est pas applicable.

La femme peut induire le créancier en erreur, soit en s'obligeant en apparence pour elle-même, bien qu'en réalité elle s'oblige comme personne interposée, soit en donnant mandat à quelqu'un d'intercéder à sa place et pour elle-même.

Les textes nous donnent des exemples de ces deux espèces de fraudes :

1^o La femme contracte en apparence pour elle-même, et en réalité au profit d'un tiers.

Les lois 4 pr., 11, 27 pr. et 28, § 1, D. h. t., qui se réfèrent à ce cas, nous disent que s'il y a erreur excusable de la part du créancier, le Sénatus-Consulte cessera de s'appliquer. Cette solution

(1) Accarias, Précis de Droit romain, t. II, p. 389.

est du reste, comme le remarque Paul, parfaitement conforme à l'intérêt de la femme, car, sans cela, personne ne voudrait contracter avec elle. « *Si mulier, tanquam in usus suos, pecuniam acceperit alii creditura, non est locus Senatus-Consulto : alioquin nemo cum fœminis contrahet, quia ignorari potest quid acturæ sint.* » (L. 11, D. h. t.)

2^o La femme donne mandat à quelqu'un d'intercéder à sa place afin de ne pas figurer elle-même dans l'opération.

Les lois 6 et 32, § 3, D. h. t., dans lesquelles nous trouvons des exemples de cette seconde espèce de fraude, distinguent encore, comme dans le cas précédent, suivant que le créancier a connu ou non l'existence de l'intercession. S'il n'a pas connu le véritable état de choses, ou, ce qui revient au même, si son erreur est excusable, le Sénatus- Consulte ne recevra pas son application. (1)

C'est ainsi, par exemple, qu'au cas de *procuratio ad defendendum*, nous avons vu que si les fidéjusseurs, qui garantissent la *cautio judicatum solvi* du procureur, se sont obligés en vertu d'un mandat que leur a donné une femme, sans en avertir le créancier, celui-ci pourra repousser par une réplique de dol l'exception du Sénatus- Consulte qu'ils voudraient invoquer du chef de la femme.

Le créancier, avons-nous dit, n'est à l'abri de l'exception Velléienne que si son erreur ne lui est

(1) Molitor op. cit., t. II, p. 601.

pas imputable. Lors donc qu'une femme est déléguée comme étant débitrice du délégant, et, qu'en réalité, elle ne l'est pas, la bonne foi du créancier délégataire qui alléguera son ignorance ne le mettra pas à l'abri du Sénatus-Consulte, car il sera inexcusable de ne pas s'être informé si la dette existait réellement. (L. 17, pr. D. h. t.) La loi se montre par conséquent plus sévère à l'égard du créancier qui reçoit pour débiteur une femme qu'on lui délègue, qu'à l'égard de celui qui a contracté *ab initio* avec elle seule.

La règle en vertu de laquelle la bonne foi du créancier lui permet de repousser l'exception Velléienne, n'est cependant pas absolue. Ceci ressort d'une espèce assez compliquée rapportée par la loi 19, § 5. Un créancier a un débiteur *Titius*. Une femme se présente pour s'obliger à sa place; mais le créancier qui connaît la disposition du Sénatus-Consulte Velléen, se refuse à l'accepter pour débitrice. Elle vient alors me trouver; et m'emprunte une somme d'argent en me donnant mandat de la verser aux mains du créancier; ce à quoi je consens de la meilleure bonne foi. Puis, n'ayant pas la somme voulue à ma disposition, au lieu de la remettre de suite au créancier, je m'engage par stipulation à la lui payer. Africain se demande si, d'une part, en supposant que je n'aie pas encore versé l'argent et que je vienne à découvrir l'intention de la femme, je puis repousser l'action du créancier par l'exception du Sénatus-Consulte Velléen, et si,

d'autre part, elle peut, de son côté, opposer cette même exception à l'action que je lui intenterais ? Le jurisconsulte répond affirmativement à cette double question parce que, dit-il, il est raisonnable que je sois assimilé au fidéjusseur de la femme, « *ejus loco, qui pro muliere fidejusserit, haberi me debere, ut, quemadmodum illi, quamvis ignoraverit mulierem intercedere..... ita mihi adversus te utilis exceptio detur, mihi in mulierem actio denegetur...* »

Mais que se passerait-il si j'avais déjà versé la somme entre les mains du créancier ? La femme pourrait-elle encore m'opposer l'exception Velléienne. M'assimilant tout d'abord à un débiteur délégué par la femme, Africain décida que le Sénatus-Consulte ne devait pas recevoir son application, « *quod quidem, magis dicendum existimavit ut sic Senatus-Consulto non sit.* » Mais revenant bientôt sur cette solution évidemment fausse, puisque dans l'espèce la femme se charge de l'obligation d'autrui, il fut d'avis que la femme pourrait me repousser par l'exception Velléienne, et que, quant à moi, en compensation de ma créance perdue, je serais en droit d'intenter contre le créancier la *condictio indebiti* pour répéter ce que j'avais payé dans l'ignorance de l'intercession.

8° Lorsque la femme se rend coupable d'un dol en intercédant, elle cesse de pouvoir invoquer le Sénatus-Consulte. « *Decipientibus mulieribus Senatus-Consultum auxilio non est ; infirmitas enim*

fœminarum, non calliditas auxilium demit. » (L. 2, § 3, D. h. t.) « La femme commet un dol, non seulement lorsqu'elle abuse le créancier par ses manœuvres, mais encore lorsque, instruite elle-même du bénéfice qui la protège, elle le laisse ignorer au créancier : la réticence ici équivaut au mensonge. » (1) « *Vel quod sciret se non teneri.* » (L. 30, pr. D. h. t.)

9° Le Sénatus-Consulte ne peut plus être opposé au créancier de l'ancien débiteur libéré par l'intervention de la femme, et celle-ci perd le droit de faire valoir son moyen de défense :

A. — Lorsqu'elle succède au débiteur pour lequel elle est intervenue, et prend ainsi sa place. (L. 8, § 13, D. h. t.) (2)

B. — Lorsqu'après s'être obligée, mais avant d'être poursuivie, elle a été indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée, par celui en faveur de qui elle est intervenue. (L. 16, pr. D. h. t.)

10° La femme peut enfin, par son fait, être privée du bénéfice du Sénatus-Consulte, lorsqu'elle y a renoncé.

Les textes citent trois cas où la renonciation est permise :

La loi 32, § 4, D. h. t., nous dit d'abord que si la femme se présente en justice pour défendre à la

(1) Gide op. cit., p. 482. — Nous trouvons aujourd'hui une disposition semblable, dans l'art. 348 du C. de C., au sujet de l'assuré.

(2) Maynz, Cours de Droit romain, t. II, p. 420. — Machelard, Des Obligations naturelles, p. 277.

place de celui pour qui elle s'est portée *intercessor*, elle devra donner caution qu'elle renonce à se prévaloir du Sénatus-Consulte, « *cavere debebit, exceptione se non usuram.* »

Justinien décide ensuite que la mère ou l'aïeule, qui veut obtenir la tutelle de ses descendants, doit s'engager à ne pas recourir au Velléien. (L. 3, C. 5, 35).

Dans la loi 22, C. h. t., Justinien décide encore que si, au bout de deux ans, une femme majeure, « *perfectæ ætatis,* » renouvelle son intercession, elle perd le bénéfice du Sénatus-Consulte. (1) Ce renouvellement dénote chez elle une volonté bien arrêtée, et laisse présumer qu'elle a un intérêt personnel à agir ainsi, « *videtur.... pro suâ causâ aliquid agere.* » Le renouvellement ne produisait aucun effet si la confirmation de la femme était faite avant deux années, car Justinien pensait que le temps de la réflexion n'avait pas été assez long, et que la femme avait bien pu, comme la première fois, être victime de sa fragilité.

La seconde intercession produira-t-elle un effet rétroactif au jour de la première, ou ne produira-t-elle d'effet que pour l'avenir ? Il faut, croyons-nous, lui attribuer un effet rétroactif. Notre opinion est fondée sur ces expressions de la loi 22 : « *Sibi imputet, si, quod sæpius cogitare poterat et evitare, non fecit, sed ultro firmavit.* » La seconde intercession est ainsi présentée comme une confir-

(1) Maynz op. cit., t. II, p. 420. — Accarias op. cit., t. II, p. 391.

mation, une ratification de la première, et doit, en conséquence, rétroagir.

Ces trois cas sont-ils limitatifs, ou ne sont-ils que l'expression d'une règle générale qui permettrait à la femme de renoncer valablement au bénéfice du Sénatus-Consulte Velléien ? Cette question célèbre a divisé de tout temps les commentateurs. Il semble cependant qu'en se tenant à la lettre aussi bien qu'à l'esprit du Sénatus-Consulte, la solution s'impose. Que dit, en effet, le texte : « *Omnia quæ in fraudem Senatus-Consulti..... excogitata probari possunt.* » (L. 29, § I, D. h. t.) N'est-ce pas là une prohibition absolue qui atteint tout acte par lequel la femme chercherait à éluder indirectement la loi ? Et maintenant, si nous nous rappelons le double motif qui a inspiré le Sénat dans la rédaction du Sénatus-Consulte Velléien, motif d'ordre public qui voulait qu'on écartât la femme de ce que l'on considérait comme un *officium virile*, et motif de protection en faveur de la femme, comment admettre la possibilité d'une renonciation ? Ne serait-ce pas, d'une part, mettre les bonnes mœurs et l'ordre public à la merci des conventions, que de permettre ainsi à une personne incapable de s'attribuer par sa propre volonté, une capacité que la loi lui dénie, et, d'autre part, enlever du même coup à la femme la protection dont on l'entoure, que de l'autoriser à faire ouvertement ce qui lui est défendu de faire subrepticement ?

Les partisans de la renonciation (1) s'appuient

(1) V^r Dubois, Sénatus-Consulte Velléien, p. 78 et suiv.

pour nous combattre sur trois textes, dont deux sont tirés du Code (LL. 3 C. 5, 35, et 23 pr. C. h. t.) et le troisième, du Digeste (L. 32, § 4, D. h. t.) Comme les deux premiers émanent de Justinien, et que leur objet évident est non pas d'appliquer, mais d'abroger le droit classique, il serait plus exact de les écarter du débat. La question que nous nous posons, en effet, est celle-ci : au temps des jurisconsultes classiques et au lendemain même du jour où le Sénatus-Consulte était promulgué, a-t-on admis la validité de la renonciation ? (1) Néanmoins, prenons l'opinion de nos adversaires telle qu'ils la présentent, et commençons par montrer ce que valent les arguments tirés des lois 3, C. 5, 35 et 23 pr. C. h. t.

Et d'abord pour ce qui est de la loi 3, comment conclure de la permission de renoncer au Sénatus-Consulte Velléien accordée par Justinien à la femme qui veut obtenir la tutelle de ses descendants, qu'une telle renonciation soit toujours possible ? Elle est autorisée dans ce cas particulier, cela est très vrai, et personne ne le conteste, mais le silence de Justinien suffit-il pour qu'on puisse affirmer qu'elle l'était dans tous les cas, et qu'il ne fait qu'appliquer ici la règle générale ?

Quant à la loi 23 pr., voici l'argument qu'on en tire : D'après ce texte, lorsque la femme a déclaré dans l'acte d'intercession avoir reçu quelque chose pour intercéder, cette déclaration ne peut être mise

(1) Gide op. cit., p. 184.

en doute, et la femme se dérobe ainsi à l'application du Sénatus-Consulte. Or, dit-on, quand la femme n'a rien reçu, qu'est-ce qu'une pareille déclaration, sinon une véritable renonciation à la faveur qui lui est faite ?

Il est très vrai, répondrons-nous, que la femme peut en déclarant faussement qu'elle a touché le prix de son intercession, se soustraire à l'application du Sénatus-Consulte ; mais il n'est pas moins vrai que si elle avait pu renoncer à son gré au Velléen, il n'aurait pas été nécessaire de se demander combien il faudrait qu'elle reçût pour prix de son intercession, et comment on constaterait qu'elle avait reçu quelque chose.

Reste donc le § 4 de la loi 32 qui, il faut le reconnaître, offre un appui sérieux aux partisans de la renonciation. La femme, aux termes de cette loi, peut prendre la défense de celui pour lequel elle a intercedé, à la condition, toutefois, de promettre au créancier de ne pas invoquer son exception, « *cavere debebit exceptione non usuram.* » Dès lors, dit-on, qui ne voit que l'acte qui consiste pour la femme à prendre la défense de ce débiteur serait nul, comme étant une nouvelle intercession, ou une continuation de l'ancienne, s'il n'y avait pas là une renonciation valable au bénéfice du Velléen. Or, si on accorde ce droit au moment où le créancier exerce ses poursuites, il n'y a aucune raison de le refuser dans l'intervalle de l'intercession aux poursuites, et, *a fortiori*, au moment même de l'intercession.

Si concluant que paraisse ce texte au premier abord, on voit, après examen sérieux, que bien loin de servir l'opinion que nous combattons, il constitue plutôt un argument en notre faveur.

Etant admis, en effet, et cela ne fait doute pour personne, que la femme peut effectuer un paiement (L. 4 in fine, C. h. t.), il s'ensuit nécessairement qu'il faut lui permettre d'intervenir en justice pour le débiteur, car cette intervention est considérée comme un paiement ; « *solutione vel pro nobis iudicium accipiendo, et inviti et ignorantes liberari possumus.* » (L. 23, D. 46, 3). Seulement, comme le demandeur doit être sûr du remboursement, la femme ne peut être autorisée à défendre en justice qu'après avoir renoncé à invoquer le Sénatus-Consulte Velléen.

Mais, nous objecte-t-on, cette assimilation du paiement à la *defensio pro alio*, n'est pas exacte ; payer et défendre en justice pour un autre ont toujours été deux actes bien différents, témoin la loi 2, § 5, D. h. t. Il n'y a dans la défense en justice de celui pour lequel on a intercedé qu'une intercession continuée, et par conséquent, toujours et seulement une intercession. Or, si une renonciation faite lors d'une intercession continuée est efficace, pourquoi en serait-il autrement d'une renonciation faite dès le principe de cette même intercession ?

L'objection est plus spécieuse que solide. Si l'on peut voir une intercession dans la *defensio pro alio*, telle qu'on la suppose à la loi 2, § 5, c'est-à-dire

intervenant *a priori*, il est difficile d'y voir autre chose qu'un paiement dans le cas de la loi 32, § 4, c'est-à-dire lorsqu'elle a lieu à la suite d'une intercession préexistante. Et, en admettant même, ce qui est contestable, que la défense en justice de celui pour qui on a intercédé ne fût autre chose qu'une intercession continuée, il n'en résulterait pas qu'elle dût avoir le même sort que l'intercession pure et simple, car la réitération de volonté qui la constitue dénote chez la femme une intention mieux marquée, un dessein plus réfléchi, et fait présumer de sa part un intérêt quelconque à intercéder.

Si ces arguments ne semblent pas concluants, il en reste un, tiré de cette même loi 32, qu'il nous paraît difficile de réfuter. Que servirait, en effet, la caution exigée de la femme, s'il lui était permis de renoncer directement à son exception ? Cette caution serait chose non seulement inutile, mais inconcevable ; pour donner pleine sécurité au créancier, elle n'aurait qu'à déclarer qu'elle renonce, et dès ce moment son exception serait perdue. (1) Si la femme est obligée de fournir une *cautio*, c'est évidemment parce que, après et malgré sa renonciation, elle conserve encore son privilège et pourrait obtenir du prêteur cette même exception à laquelle elle vient de renoncer.

« Je conviens, au reste, dit M. Gide, que cette caution n'était au fond qu'un détour pour éluder la loi ; toutefois, on avait ici une garantie

(1) Gide op. cit., p. 184, note. — Accarias op. cit., t. II, p. 389, note 4.

contre la fraude, c'était le contrôle du magistrat, entre les mains de qui la caution était fournie ; sans doute, les juristes romains, toujours fertiles en expédients, avaient voulu ménager ainsi au magistrat un moyen pour échapper à l'application de la loi, dans le cas où elle eût compromis des intérêts sérieux. »

La conclusion qui s'impose est donc, croyons-nous, qu'en dehors des trois cas prévus, la femme ne peut renoncer au bénéfice du Sénatus-Consulte Velléien. Faire de ces exceptions une règle générale, ce serait lui permettre de battre en brèche l'ordre public et d'éluder trop facilement la prohibition de la loi : avant d'accepter la femme comme intercédante, le créancier ne manquerait pas de lui demander une renonciation à son privilège, et la même illusion contre laquelle on a voulu la protéger en lui défendant d'intercéder, l'engagerait à renoncer à une faveur dont elle croirait n'avoir jamais occasion de faire usage.

CHAPITRE IV.

EFFETS DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN.

La loi 16 (C. h. t.) nous montre que le Sénatus-Consulte Velléien produit deux sortes d'effets : les uns concernent la femme et ont pour but de la soustraire à l'obligation dont elle s'est chargée *pro alio* ; les autres concernent les créanciers et les mettent à l'abri du préjudice que pourrait leur causer l'annulation de cette obligation. Nous allons étudier successivement ces deux sortes d'effets.

SECTION I. — *Effets du Sénatus-Consulte vis-à-vis de la femme et de ceux qui se sont obligés pour elle.*

Par rapport à la femme, ces effets consistent tantôt dans un refus d'action, tantôt dans une exception ou réplique, tantôt dans une *condictio indebiti*, ou une revendication du droit réel ou de la chose qu'elle a concédée.

La *condictio indebiti* qu'on lui accorde prouve que le Sénatus-Consulte ne laisse pas même subsister d'obligation naturelle. Nous le démontrerons ultérieurement.

Remarquons que les différents droits conférés à la femme, sont facultatifs ; libre à elle de ne pas les exercer. Paul nous dit, en effet : « *Si mulier, quod ex intercessione solvit, nolit repetere, sed mandati agere et cavere velit de indemnitate reo, audienda est.* » (L. 31, D. h. t.) La femme peut donc acquitter l'obligation qu'elle a contractée, et exercer ensuite l'*action mandati* contre le débiteur pour qui elle a intercedé ; mais alors, elle devra lui fournir une caution, « *cavere de indemnitate reo,* » qui le protégera dans le cas où le créancier exercerait contre lui, malgré le paiement, l'action restitutoire.

§ I. — Du refus d'action.

Le magistrat ne peut refuser au créancier toute action, soit réelle, soit personnelle, que s'il n'y a pas contestation sur l'existence de l'intercession. Ce refus radical est exprimé en termes formels par le Sénatus-Consulte : « *Ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur.* » *Petitio* désigne l'action réelle, et *actio*, l'action personnelle.

Si, au contraire, le créancier conteste que la femme ait intercedé, ou s'il prétend prouver qu'elle est dans l'un des cas exceptionnels où le Sénatus-Consulte n'est pas applicable, le préteur lui délivrera une formule d'action, tout en y insérant l'*exceptio Senatus-Consulti Velleiani*, à l'aide de laquelle la femme pourra paralyser l'action du créancier. Ce moyen de défense se présente à nous dans les textes sous forme d'exception, ou sous forme de réplique.

§ II. — De l'exception du Sénatus-Consulte
Velléien et de la réplique.

Un mot d'abord de la réplique ; tout ce que nous dirons ensuite de l'exception lui sera applicable. La réplique n'est autre que l'exception du Sénatus-Consulte Velléien se présentant sous la forme d'une exception à une autre exception. La femme a, par exemple, constitué un gage pour sûreté de la dette d'autrui. Lorsqu'elle le revendiquera contre le créancier gagiste, si celui-ci lui oppose l'exception tirée de la constitution de gage, elle lui répondra par la *replicatio Senatus-Consulti Velleiani*.

A. — *Nature de l'exception.* — 1^o Cette exception est perpétuelle et péremptoire. Elle offre même ce caractère particulier parmi les exceptions perpétuelles, qu'elle peut être opposée après que la sentence a été rendue, au moment où l'on en poursuit l'exécution. (1)

D'ordinaire, lorsque l'exception est perpétuelle, si le défendeur a omis de la faire insérer dans la formule, il peut obtenir du magistrat une autre formule qui contienne l'exception ; mais il doit la lui demander avant la condamnation, « *præscriptionem peremptoriam quam ante contestari sufficit, omisam, priusquam sententia feratur, objicere quando licet.* » (L. 8, C. 8, 36).

2^o Elle est, *rei cohærens*, c'est-à-dire attachée à la

(1) Molitor op. cit., p. 601, t. II. — Jousserandot, l'Edit perpétuel, t. II, p. 442.

chose et non à la personne. (L. 7, § 1, D. 44, 1). Cela signifie, dit Doneau, qu'elle n'est pas donnée aux femmes parce qu'elles sont femmes, mais bien parce qu'elles ont intercédé ; (1) d'où l'on conclut rigoureusement que l'exception est donnée non-seulement à la femme qui intercede, mais encore à quiconque est obligé par suite de cette intercession :

B. — *A qui elle est donnée.* — Peuvent l'invoquer, en dehors de la femme : (2)

1^o Les héritiers de la femme. (L. 20, C. h. t.)

2^o Les mandataires de la femme. (LL. 30, § 1, D. h. t. — 15, C.)

3^o Les fidéjusseurs de la femme. Par analogie avec ce qui a lieu pour le fidéjusseur du fils de famille, qui ne peut opposer l'exception du Sénatus-Consulte Macédonien que s'il ne s'est pas obligé *animo donandi* (L. 9, § 3, *De Senatus-Consulto Macedoniano*, D., 14, 6), Gaius Cassius faisait une distinction en ce qui concerne le fidéjusseur de la femme. Il lui accordait l'exception tirée du Velléien dans le cas où il pourrait avoir un recours contre la femme par l'action *mandati contraria* ; il la lui refusait dans le cas où s'étant engagé *animo donandi*, il avait abdiqué à l'avance toute idée de recours. Julien, dans la loi 16, § 1, repousse cette distinction en se basant sur ce que le Sénatus-Consulte « *totam obligationem im-*

(1) Doneau, L. XII, ch. XXX, § 3. — Jousserandot op. cit., p. 443, t. II.

(2) Maynz op. cit., t. II, p. 419. — Jousserandot op. cit., t. I, p. 251.

probat, » et ne laisse pas même subsister une obligation naturelle. (1)

4° Le tiers qui a hypothéqué sa chose pour garantir l'intercession de la femme (L. 2, D. 20, 3), alors même qu'il n'a reçu aucun mandat et qu'il a agi *animo donandi*.

5° Le délégué de la femme qui n'était pas débiteur de celle-ci (L. 8, § 4, D. h. t.); on l'assimile à un fidéjusseur.

6° Le fidéjusseur du débiteur principal. Deux conditions sont ici nécessaires : il faut que ce fidéjusseur se soit obligé sur le mandat de la femme, ce qui constitue, nous l'avons vu, une intercession déguisée ; il faut, de plus, que le créancier ait eu connaissance de ce mandat, c'est-à-dire qu'il ait été de mauvaise foi. (L. 32, § 3, D.)

Si le créancier avait été de bonne foi, il opposerait victorieusement la réplique de dol au fidéjusseur qui invoquerait l'exception Velléienne. L'application exacte des principes mettrait donc le fidéjusseur dans une situation très rigoureuse, puisque, d'une part, il resterait obligé vis-à-vis du créancier, et que, d'autre part, il ne pourrait exercer aucun recours contre la femme qui, d'après la loi 7, D. h. t., le repousserait par l'exception péremptoire du Sénatus-Consulte Velléen. Mais, dans cette même loi 7, Papinien indique un moyen équitable, « *non erit iniquum*, »

(1) Molitor op. cit., t. II, p. 600.

de venir au secours du fidéjusseur : on lui donne une action *negotiorum gestorum* contre le débiteur dont il a, en définitive, payé la dette. (1)

C. — A qui l'exception peut être opposée. — Elle peut l'être à toute personne voulant exercer une action dont la source se trouverait dans l'intercession de la femme. Par suite elle est donnée soit contre le créancier, soit contre le fidéjusseur ou le mandataire de la femme qui exerce un recours contre elle (L. 7 et 32, § 3, D.), soit enfin contre celui qui poursuit la femme par l'action *ex stipulatu*, dans les circonstances indiquées à la loi 19, § 5, h. t., et qu'Africain assimile à un fidéjusseur de la femme.

§ III. — De la *Condictio indebiti* et de la *Revendication*.

L'exception et la réplique du Sénatus-Consulte Velléen ne peuvent servir à la femme qu'autant qu'elle n'a pas acquitté son obligation. Une fois le paiement effectué, elle peut, pour répéter ce qu'elle a payé dans l'ignorance de l'exception qui lui était accordée, avoir recours à la *condictio indebiti*. (LL. 9, C. h. t., 8, § 3, D. h. t.) (2) Il en serait de même si, toujours dans l'ignorance de son droit, elle avait, au lieu de payer elle-même directement,

(1) Molitor op. cit., t. II, p. 601.

(2) Molitor op. cit., t. II, p. 601. — Accarias, t. II, p. 390. — Machelard op. cit., p. 279.

délégué son débiteur au créancier pour accomplir son obligation. (L. 8, § 3, D. h. t.)

La *condictio indebiti* est donnée non seulement à la femme, mais encore à tous ceux qui ont exécuté l'obligation née de son intercession, par conséquent au tiers délégué par la femme, qui, se croyant par erreur débiteur de la délégante, s'est obligé envers le délégataire ; au créancier de la femme, envers qui elle a contracté une obligation qui n'a été pour elle qu'un moyen d'intercéder. Nous avons vu que c'est la solution à laquelle, après quelque hésitation, l'Africain finit par s'arrêter dans la loi 19, § 5.

La *condictio indebiti* constitue une faveur pour la femme ; libre à elle de ne point en user. Si donc, après s'être obligée pour un autre et avoir payé, elle préfère recourir par l'action *mandati contraria* ou par l'action *negotiorum gestorum* contre le débiteur, celui-ci ne pourra pas la renvoyer à intenter la *condictio indebiti* ; mais, il agira prudemment, en ce cas, en se faisant donner par la femme une caution destinée à l'indemniser du recours qu'exercerait contre lui le créancier, le jour où, ayant changé d'avis, elle intenterait la *condictio indebiti*. (L. 31, D. h. t.) (1)

Si la femme n'avait pour la protéger que cette *condictio*, elle serait privée de tout recours contre le créancier lorsque, pour exécuter son obligation, elle aurait vendu ou livré sa chose, ou

(1) Molitor op. cit., t. II, p. 601.

lorsqu'elle l'aurait grevée d'un droit de gage ou d'hypothèque. C'est pourquoi la loi lui accorde un droit de revendication qui lui permet de recouvrer soit sa chose même, soit le droit de gage qu'elle aurait concédé sur sa chose, *intercessionis causâ*. Le § 1 de la loi 32 nous dit même qu'elle pourrait exercer ce droit de revendication à l'encontre du tiers de bonne foi qui aurait acheté le fonds qu'elle a donné en gage, parce que, fait remarquer Pomponius, l'acheteur ne peut avoir plus de droit que son vendeur, *ne melioris conditionis emptor sit, quàm fuerit venditor*. Cependant, ce jurisconsulte semble laisser entendre que l'opinion qu'il rapporte n'était pas admise sans contestation, « *vera est eorum opinio qui.....* »

La femme pourra également, d'après le § 2 de la même loi, revendiquer le fonds qu'elle a vendu au créancier de son mari pour acquitter la dette de ce dernier. A l'exception « *rei emptæ et traditæ* » que lui opposera le créancier, la femme répondra par la réplique « *aut si ea vendita contra Senatus-Consultum facta sit.* »

Il est à remarquer que dans le cas de la revendication, c'est sous forme de réplique que le Sénatus-Consulte se présentera toujours, réplique qui permettra à la femme de paralyser l'exception tirée de la convention de gage ou de la vente. (1)

(1) Molitor op. cit., t. II, p. 601 et 602.

§ IV. — Le Sénatus-Consulte Velléien ne permet pas que la femme soit obligée même naturellement. (1)

Le Sénatus-Consulte Velléien, à la différence du Sénatus-Consulte Macédonien, ne laisse pas même subsister d'obligation naturelle, « *totam obligationem improbat* » (L. 16, § 1, D. h. t.) Cette différence tient à ce que dans le cas du Velléien, l'exception est donnée dans l'intérêt de la femme, tandis que, dans l'hypothèse du Macédonien, elle est donnée en haine du créancier.

La femme qui, contrairement aux dispositions du Sénatus-Consulte Velléien, a contracté une obligation *pro alio*, n'est donc tenue ni civilement, ni naturellement. C'est là un point qui ne peut faire aucun doute ; il résulte clairement des effets qu'on vient de voir attachés au Sénatus-Consulte à l'égard de la femme. En effet, celle-ci peut exercer la *condictio indebiti*, et elle n'en aurait pas le droit si elle était obligée naturellement ; car c'est précisément un des caractères de l'obligation naturelle d'empêcher la répétition de ce qui a été payé pour son exécution. (LL. 13 et 19, *De Condict. indeb.*, D. 12, 6 ; L. 10, *De Oblig. et act.* D. 44, 7).

Un autre signe distinctif de l'obligation naturelle, c'est la possibilité d'une fidéjussion. Or, nous avons vu que le fidéjusseur d'une femme intercédante était fondé à opposer l'exception du

(1) Machelard op. cit., p. 277, 278 et note. — Accarias, t. II, p. 390.

Sénatus-Consulte, se fût-il engagé *animo donandi*.
(L. 16, § 1, D. h. t.)

Enfin, un gage est valablement constitué s'il a pour base une obligation naturelle. Or, la loi 2, *quæ res pignori* D. 20, 3, n'admet pas la validité du gage donné comme garantie de l'intercession d'une femme. Cela tend bien à prouver que l'obligation naturelle n'existe pas.

SECTION II. — *Effets du Sénatus-Consulte Velléen par rapport au créancier, ou de la Restitution d'action.* (1)

Remarquons, tout d'abord, qu'il ne peut être question de restitution d'action dans l'hypothèse où la femme prend à sa charge concurremment avec le débiteur originaire une obligation préexistante, car alors, le créancier, en admettant que la dette de la femme soit annulée pour incapacité, n'éprouve aucun préjudice, puisqu'il peut agir contre le débiteur primitif qui n'a jamais été libéré, comme si aucune garantie nouvelle n'était venue se joindre à sa créance.

Mais il peut se faire que par son intercession la femme se soit obligée au lieu et place du débiteur originaire, qui se trouve ainsi complètement libéré.

(1) Jousserandot op. cit., t. I, p. 232. — Accarias, t. II, p. 390 et 391. — Molitor, t. II, p. 602.

Dans ce cas, si le Sénatus-Consulte Velléien n'avait eu d'autre effet que de permettre à la femme de repousser le créancier, celui-ci aurait été complètement désarmé vis-à-vis du débiteur qui, de la sorte, se serait enrichi à ses dépens. C'était là, cependant, le résultat inique auquel aboutissait primitivement le Sénatus-Consulte. Le prêteur combla cette lacune en restituant au créancier son action originaire que l'obligation de la femme lui avait fait perdre. Cette action utile donnée par le prêteur est appelée *pristina actio, restitutoria*, ou *rescissoria*. (L. 8, §§ 7, 8, 9, D. h. t.)

Si, au lieu de se charger d'une obligation ancienne, la femme s'interpose pour un tiers, qu'elle dispense ainsi de s'obliger, il y a, nous l'avons vu, une intercession déguisée qui ne tombe sous le coup du Sénatus-Consulte que par la collusion du créancier. Dans cette hypothèse, puisque le tiers n'a jamais été obligé, il ne peut être question de restitution d'action, mais on arrive au même résultat en donnant contre lui une action appelée *institutoria*. (L. 8, § 14).

Il nous reste maintenant à rechercher la nature de cette restitution, et à déterminer dans quel cas, à quel moment, à qui et contre qui elle est donnée.

A. — *Nature de la Restitution*. — Doneau prétend que c'est une véritable *restitutio in integrum*, non pas qu'elle soit l'objet d'une disposition spéciale de l'édit, mais elle serait comprise dans ces termes généraux : « *Item si qua alia mihi justa causa esse*

videbitur, in integrum restitutam. » (L. 1, § 1, D. 4, 6). (1)

A cette opinion, on peut faire plusieurs objections sérieuses.

Le titre de *in integrum restitutionibus* au Digeste (4, 1) ne fait pas la moindre allusion à la situation du créancier dont il s'agit. — De plus, nulle part, dans aucun des textes qui parlent de la restitution d'action accordée à l'occasion du Sénatus-Consulte Velléen, on ne rencontre les deux conditions mentionnées à la loi 3 du livre 4 comme essentielles pour qu'il y ait *restitutio in integrum*, à savoir : une *causæ cognitio* et un décret du préteur. — Tandis qu'on a, à l'époque classique, pour intenter la *restitutio in integrum*, une année utile, et quatre ans sous Justinien, l'action restitutoire est perpétuelle (L. 10, D. h. t.) Celle-ci peut être demandée ; la loi 8, § 13, D., le reconnaît positivement, alors même que le créancier aurait un autre moyen pour se faire rembourser ; la *restitutio in integrum*, au contraire, n'est accordée qu'à défaut de toute autre ressource. L. 16 pr., *De Minoribus*, D. 4. 4). — Enfin, Gaius, dans la loi 12 *de Minor.* dit, en parlant de la restitution d'action : « *Communi jure in priorem debitorem ei actio restituitur.* » Il la qualifie donc action de droit commun, or, l'*in integrum restitutio* est tout à fait en dehors du droit commun, et c'est sous le nom d'*extraordinarium auxilium* qu'elle est

(1) Doneau, t. III, col. 759, 761.

toujours désignée par Gaius et par tous les jurisconsultes.

En présence de ces objections auxquelles il est difficile de répondre, nous ne pouvons voir un cas de *restitutio in integrum* dans cette action accordée au créancier par le préteur, bien qu'elle soit appelée restitutoire. Pour nous, elle n'est autre que l'action primitive conservée par le préteur au créancier, malgré la novation qui *jure civili* a libéré le débiteur. C'est ce qui explique les expressions *utilis*, *restitutoria*, *rescissoria*, employées par les textes : introduite par le préteur, elle rend au créancier l'action qu'il avait perdue, en ne tenant aucun compte de l'intercession de la femme.

B. — *A qui est accordée l'action Restitutoire.* — On peut dire, d'une manière générale, que cette action est restituée à tous ceux à qui la femme peut opposer l'exception du Sénatus-Consulte Velléien. Elle appartient, par conséquent, non seulement au créancier, mais encore à ses héritiers ou autres successeurs (L. 10, D. h. t.)

Cependant, lorsqu'il y a plusieurs créanciers, l'action restitutoire n'est pas toujours accordée à chacun d'eux. La loi 8, § II, D. h. t., nous en donne un exemple. Ulpien, dans cette loi, suppose qu'il y a deux *correi stipulandi*, et que la femme a intercédé pour le débiteur envers l'un d'eux seulement ; le créancier envers lequel la femme s'est obligée pourra seul obtenir la restitution ; l'autre n'y a aucun droit, le Sénatus-Consulte n'ayant jamais

pu être invoqué contre lui « *ei soli restituitur obligatio, (apud) quem intercessit.* »

C. — *Contre qui l'action est restituée.* (1) — L'action restitutoire est donnée contre tous ceux qui ont été libérés par l'intercession de la femme. S'il en était autrement, le créancier ne serait pas remis exactement dans la position qu'il occupait avant l'intercession, « *integra causa pristina restituenda est,* » (L. 14, D. h. t.) L'action est donc restituée :

1^o Contre le débiteur principal libéré par l'intercessio, « *in veterem debitorem* » (L. 1, § 2, D.) ;

2^o Contre les héritiers et autres successeurs du débiteur (L. 10, D.) ;

3^o Contre les fidéjusseurs du débiteur libéré (L. 14, D.) ;

4^o Contre tous les *correi promittendi*, même si la femme n'a intercedé que pour l'un d'entre eux (L. 20, D. h. t.), car, elle a ainsi libéré tous les autres (L. 2, *De duobus reis*, D. 45, 2) ;

5^o Contre la femme elle-même, lorsqu'elle est devenue héritière du débiteur primitif (L. 8, § 13, D. h. t.) Elle peut, dans ce cas, être encore poursuivie, si le créancier le préfère, par l'action directe résultant de son intercession ;

6^o Contre le maître de l'esclave pour lequel la femme s'est obligée (LL. 9 et 32, § 5, D.) ;

7^o Contre celui qui n'a jamais été débiteur, parce que l'intercession de la femme l'a dispensé de

(1) Maynz op. cit., t. II, p. 420. — Molitor op. cit., p. 602.

s'obliger (L. 8, § 14, D. h. t.) Nous avons déjà vu que, dans cette hypothèse, ce n'est pas à proprement parler une restitution d'action qui est donnée au créancier, puisque le tiers n'a jamais été obligé, c'est une action nouvelle accordée par le prêteur, et qu'on appelle pour cette raison institutoire, « *instituit magis quàm restituit obligationem.* » Cette action est de même nature que celle que le créancier aurait eue contre la femme, si elle eût été valablement obligée : c'est, par exemple, une action *quasi ex stipulatu*, si la femme a contracté *verbis* : « *Verbi gratiâ, si per stipulationem mulier, et tu, quasi ex stipulatu, convenieris.* » (L. 8, § 14 in fine).

D. — *Cas où la restitution d'action n'a pas lieu.*
— L'action n'est pas restituée au créancier, et par conséquent, le débiteur primitif est définitivement libéré :

1^o Dans tous les cas d'exceptions au Sénatus-Consulte Velléien, parce qu'alors la femme est obligée efficacement ;

2^o Lorsque la femme a payé connaissant ses droits. Dans ce cas, en effet, la *condictio indebiti* lui est refusée (L. 8, § 10, D. *✂*);

3^o Lorsque le créancier ne souffre aucun préjudice de la perte de son action primitive, parce qu'il acquiert à la place un moyen nouveau pour agir contre son ancien débiteur. C'est ce qui a lieu, par exemple, dans l'hypothèse rapportée par la loi 8, § 8, D. h. t. Un créancier a fait acceptilation à son débiteur, à condition qu'il lui fournirait un *expro-*

missor ; mais le débiteur présente une femme pour s'engager à sa place. Le créancier, bien qu'ayant perdu son action primitive, n'a pas besoin d'une action utile, car il a contre son débiteur la *condictio ob rem dati re non secutâ*, résultant de ce que celui-ci n'a pas exécuté la condition sous laquelle il a été libéré. « *Quid enim interest, non det, aut talem det ? Non erit igitur actio utilis necessaria, cum condictio competat.* » (L. 4, D. *De Condictione causa data*, 12, 4).

4^o Lorsque l'action, fût-elle restituée au créancier, ne lui serait d'aucune utilité, à raison de la qualité du débiteur. La loi 8, § 15, nous donne trois exemples :

a. — Le débiteur, pour qui la femme a intercedé, est un pupille qui s'est obligé sans l'autorisation de son tuteur, et qui, par conséquent, ne peut être poursuivi s'il n'a retiré du contrat aucun enrichissement.

b. — Le débiteur est un mineur de vingt-cinq ans qui se trouve dans un des cas où il peut demander l'*in integrum restitutio*.

c. — C'est un fils de famille qui s'est obligé contrairement aux dispositions du Sénatus-Consulte Macédonien.

Ulpien dit que, dans tous ces cas, le créancier n'a aucun recours, ni contre la femme, ni contre le débiteur primitif : il ne peut s'en prendre qu'à lui seul de la double imprudence qu'il a commise.

On trouve à la loi 13, § 1, D., une hypothèse

dans laquelle le créancier n'a pas besoin d'action restitutoire, au moins quant à l'action hypothécaire, par la raison que celle-ci n'a pas été éteinte en même temps que l'action principale. De prime abord, ce résultat paraît contraire au principe que l'accessoire ne peut subsister sans le principal. Il s'explique néanmoins si l'on songe, qu'en droit romain, l'action hypothécaire a une existence propre et indépendante, dont l'extinction est soumise à des conditions spéciales, « *suas conditiones habet hypothecaria actio, id est, si soluta est pecunia, aut satisfactum (est), quibus cessantibus tenet.* » (L. 13, § 4, De pign. et hypoth. D. 20, 1). Or, dans l'hypothèse de la loi 13, § 1, D. h. t., le créancier n'a pas été payé, et il n'a reçu aucune satisfaction réelle, l'intercession de la femme étant pour lui comme non avenue. L'hypothèque subsiste donc, et le créancier peut exercer l'action hypothécaire, comme s'il n'y avait jamais eu d'*intercessio*, « *quia verum est, dit Gaius, convenisse de pignoribus, nec solutam esse pecuniam.* » (1)

E. — *Depuis quand et jusqu'à quelle époque l'action restitutoire peut être exercée.* — Aux termes de la loi 24, § 2, D., le créancier peut exercer l'action restitutoire *statim*, aussitôt après l'intercession de la femme. L'obligation contractée par celle-ci étant inefficace, pourquoi imposer au créancier des délais qui pourraient lui être préju-

(1) V^e M. Machelard, Textes sur les hypothèques, p. 157 et 164.

diciables ? Il en serait ainsi alors même que l'obligation de la femme intercedante serait à terme ou sous condition, car, à quoi bon attendre l'arrivée d'une condition ou d'un terme apposés à une obligation qui doit être inefficace.

Nous avons vu précédemment qu'à la différence de la *restitutio in integrum* qui est temporaire, la restitution d'action est perpétuelle, « *perpetuo competit*, » c'est-à-dire qu'elle ne doit pas nécessairement, et sous peine de déchéance, être demandée dans un certain délai. Mais il ne faudrait pas conclure de ces mots « *perpetuo competit* » (L. 10, D. h. t.) que l'action restitutoire a toujours une durée illimitée. Elle est perpétuelle ou temporaire, suivant que l'action primitive était elle-même perpétuelle ou temporaire. Il serait étrange, en effet, que la restitution pût changer le caractère de l'action, et faire d'une action temporaire, une action perpétuelle. Telle n'a certainement pas été la pensée de Paul dans la loi 10, car un texte du même jurisconsulte, la loi 24, § 3, prévoyant le cas d'une action temporaire, décide qu'elle sera restituée avec le même caractère, *temporalis actio restituetur*.

La fin de cette loi 24, § 3, qui indique la façon de calculer la durée de l'action temporaire a soulevé quelques difficultés. Voici ce texte : « *Si pro eo, qui temporali actione teneretur, mulier intercesserit, temporalis actio restituetur : sic tamen, ut ex precedenti causâ, continua tempora numerarentur post restitutionem : quamvis statim, atque intercessit*

mulier, competierat. » D'après Pothier, (1) qui pour les besoins de la cause lit *quia* ou *quoniam* au lieu de *quamvis*, Paul a voulu dire que la durée de l'action restitutoire doit commencer à courir à partir du jour où l'obligation a été contractée avec l'ancien débiteur, *parce que* le créancier n'ayant jamais été dans l'impossibilité d'agir, ne peut invoquer aucune suspension de prescription.

Cette opinion, qui était déjà celle de Cujas, outre qu'elle dénature le texte, n'offre pas un sens très satisfaisant. Il nous semble qu'en adoptant la lettre même de la loi, on peut donner la solution que voici : pour calculer la durée de l'action restitutoire, il faut additionner le temps qui s'est écoulé depuis le jour où l'obligation est née, jusqu'à celui de l'intercession de la femme, « *ex præcedenti causâ,* » et le temps qui a couru à partir du jour où l'action a été restituée, « *post restitutionem,* » sans tenir compte du laps de temps écoulé depuis l'intercession jusqu'à la restitution, *quoique,* « *quamvis,* » cette restitution ait pu être demandée par le créancier aussitôt après l'intercession.

(1) Pothier, *Pandectes ad S. C. Vell.*, n° 46.

CHAPITRE V.

INNOVATIONS DE JUSTINIEN.

Des six innovations apportées par Justinien à la théorie du Sénatus-Consulte Velléen, nous en avons déjà rencontré quatre dans les précédents chapitres. Nous avons vu que la femme serait désormais efficacement obligée dans quatre circonstances où elle pouvait, auparavant, invoquer l'exception du Sénatus-Consulte, à savoir :

1^o Lorsque, après deux ans, elle renouvelle son intercession (L. 22, C. h. t.) ;

2^o Lorsqu'elle a reçu quelque chose pour intercéder (L. 23, § 1, C. h. t.) ;

3^o Lorsqu'elle intercède *pro libertate* (L. 24, C. h. t.) ;

4^o Lorsqu'elle intercède *pro dote* (L. 25, C. h. t.)

Il reste deux innovations dont nous n'avons pas encore parlé, et qui méritent une attention spéciale ; elles ont rapport à la formalité d'un acte public, et à l'intercession des femmes pour leurs maris.

§ I. — De la formalité d'un acte public.

Dans la loi 23, § 2, C. h. t., Justinien décide que les femmes ne pourront désormais s'obliger pour d'autres que par acte public revêtu de la signature de trois témoins. Ces formalités sont indispensables pour que l'opération soit valable. Si elles font défaut, l'intercession est complètement nulle, et la femme se trouve libre de tout engagement. Malgré la précision avec laquelle est formulée cette règle, elle a donné lieu quant à son application à une controverse très vive qui n'est pas encore tranchée aujourd'hui.

Ecartons de suite une hypothèse qui ne souffre aucune difficulté : celle où les formalités exigées par la loi ont été remplies. Alors, dit Justinien, tout se passe conformément aux règles de l'ancien droit relatives à l'intercession des femmes. La divergence d'opinions ne commence que lorsqu'il n'est pas intervenu d'acte public, et qu'il s'agit de déterminer les cas où la Constitution est applicable. Trois systèmes sont en présence : (1)

D'après un premier système, l'innovation apportée par Justinien ne s'applique que dans les cas où la femme intercédante peut invoquer le Sénatus-Consulte Velléien ; les cas exceptionnels où l'intercession est permise restent exempts de formes, et la femme est encore efficacement obligée alors même qu'il n'a pas été dressé d'acte public.

(1) Van Wetter, Les Oblig. en Droit romain, t. I, p. 198, note (7).

Dans un deuxième système, on soutient également que la formalité d'un acte public n'est pas nécessaire dans les cas où l'intercession de la femme est exceptionnelle, mais, une fois que les formes de la loi 23, § 2, ont été remplies, la femme est, par cela seul, obligée sans pouvoir jamais opposer le Sénatus-Consulte Velléien à l'action dirigée contre elle. L'acte public est une garantie que la femme n'a point agi à la légère ; il valide son intercession.

Ces deux systèmes sont inadmissibles. Ils sont condamnés par les termes mêmes de la loi 23, § 2, qui dit formellement que, si les formalités requises ont été observées, toutes les prescriptions de l'ancien droit et des Constitutions impériales concernant l'intercession des femmes, recevront alors leur application, « *tunc enim tantummodo eas obligari, et sic omnia tractari, quæ de intercessionibus feminarum, vel veteris legibus cauta, vel (ab) imperiali auctoritate introducta sunt.* » Si, au contraire, ces formes ont été omises, l'opération est considérée comme nulle et non avenue, « *sin autem extra... pro nihilo habeatur.* »

D'après une troisième opinion, la formalité de l'acte public est nécessaire dans tous les cas, sans qu'il faille distinguer entre ceux où la femme est protégée par le Sénatus-Consulte et ceux où elle est exceptionnellement obligée par son intercession. L'omission des prescriptions légales rend inefficace *ipso jure* l'intercession de la femme. Mais, par cela seul que l'intercession a été faite par acte public,

elle n'est pas valable ; il faut de plus que l'on se trouve dans un des cas d'exceptions permis ; les cas d'intercession défendus par le droit classique et le droit nouveau restent non avenus. (1)

Remarquons, toutefois, que le but de Justinien en portant sa Constitution ayant été d'empêcher les femmes de s'obliger mal à propos pour autrui, « *ne mulieres perperam sese pro aliis interponant*, » la loi 23 ne s'appliquera ni aux opérations qui n'ont de l'intercession que l'apparence, par exemple à l'obligation contractée par la femme dans son propre intérêt (L. 23 pr., C. h. t.), ni à ces actes qui ne deviennent des intercessions que par la collusion du créancier. De tels actes, nous le savons, sont parfaitement valables si le créancier était de bonne foi : comment, en effet, imposer l'observation des formalités prescrites, à un homme qui ne sait même pas s'il y a intercession ? Une pareille exigence, au lieu de servir les intérêts de la femme, ne pourrait que lui nuire, car elle rendrait toute affaire avec elle, impossible ou du moins très dangereuse.

§ II. — Du cas où la femme intercède pour son mari.

Sous l'empire du Sénatus-Consulte Velléien, la femme, quelle qu'elle fût, ne pouvait en principe s'obliger efficacement pour autrui ; cette incapacité

(1) Maynz op. cit., t. II, p. 420. « Il y a cependant un cas où la femme sera toujours tenue, même si aucun acte public n'a été dressé, c'est lorsqu'elle aura été indemnisée de son intercession. »

tenait à son sexe. A l'époque de Justinien, la législation a fait des progrès, la condition de la femme s'est améliorée, et « c'est sous la couleur d'une faveur et d'un privilège que le Sénatus-Consulte Velléen se montre à Justinien, ami des femmes et toujours dédaigneux de l'esprit des anciennes institutions. » (1) Aussi, l'incapacité de la femme change-t-elle de caractère, « désormais, son incapacité ne tient plus à son sexe, mais à sa position de femme mariée. » (2)

La nouvelle législation concernant la femme mariée nous est donnée dans la Novelle 134, ch. 8, qui forme à la suite de la loi 22 au Code, l'Authentique *Si qua mulier*. Justinien décide que si une femme s'oblige conjointement avec son mari, ou souscrit un engagement à la suite du sien, cette obligation ou cet engagement seront radicalement nuls et nonavenus, quand bien même la femme les aurait renouvelés plusieurs fois, et se serait obligée par acte public signé de trois témoins, « *nullatenus hujusmodi valere aut tenere.... ita esse, ac si neque factum quicquam, neque scriptum esset.* » La prohibition de la Novelle ne reçoit d'exception que dans le cas où il est prouvé que l'argent emprunté par le mari a tourné au profit de la femme : « *Nisi manifeste probetur quod pecuniæ in propriam ipsius mulieris utilitatem expensæ sunt.* » Cette exception étant formulée limitativement, il faut en conclure

(1) Troplong, Du Cautionnement, n° 181, p. 163.

(2) Gide, op. cit., p. 220.

que la règle s'applique même aux actes qui n'ont de l'intercession que la forme, mais qui ne réunissent pas au fond les cinq qualités essentielles à toute intercession. En effet, l'unique exception mentionnée est un cas où l'affaire est conclue dans l'intérêt propre de la femme, et où, par conséquent, il n'y a pas d'intercession dans le sens du Sénatus-Consulte. Si donc Justinien a cru devoir s'expliquer sur ce cas particulier, c'est que tous les autres restent compris dans la règle, et que la nullité prononcée par la Nouvelle frappe et les intercessions par lesquelles la femme gèrerait sa propre affaire et les intercessions qu'elle ferait *animo donandi*.

Si l'Authentique *Si qua mulier* s'applique aux intercessions qui ne sont pas considérées comme telles dans le sens du Velléien, à plus forte raison s'applique-t-elle aux cas exceptionnels où la femme est valablement obligée ; c'est alors surtout qu'il est utile de l'observer. Mais, les dispositions nouvelles ne concernent pas les intercessions d'une veuve pour les dettes de son mari prédécédé, car il ressort des termes mêmes de la Nouvelle 134 qu'elle n'est applicable aux femmes mariées qu'autant que le mariage existe ; elles ne frappent pas davantage les opérations qui ne constituent en aucune façon des intercessions, par exemple un emprunt contracté conjointement par le mari et la femme, à moins que celle-ci ne fournisse la preuve que l'emprunt a été fait dans l'intérêt exclusif de son mari, et cela à la connaissance du créancier.

APPENDICE.

APERÇU SUR LES DESTINÉES ULTÉRIEURES DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN.

Le Sénatus-Consulte Velléien, dont l'esprit et les motifs remontent aux premiers temps de Rome, que nous avons vu se préparer sous l'Empire, qui fut rendu sous Claude, et modifié par Justinien, se maintint chez nous pendant treize-cents ans, jusqu'à la promulgation du Code civil, et se trouve encore en vigueur aujourd'hui dans certains pays de l'Europe.

Admis dans notre ancien Droit, non-seulement dans les pays de Droit écrit, mais encore dans les pays de Coutumes, « excepté, dit Merlin, dans quelques lieux particuliers, » (1) il était loin de recevoir partout la même application. Chaque Parlement avait sa jurisprudence particulière : ici, pour se faire relever de son obligation, la femme devait obtenir des lettres de rescision ; là, elle n'en avait pas besoin ; certains Parlements admettaient la validité de la renonciation, les autres ne l'admettaient pas ; enfin, le délai pendant lequel la

(1) Merlin, Répertoire. V^e S. C. Velléien, § 1, n^o 7.

nullité pouvait être demandée était des plus variables. (1)

La Normandie, quoique pays de Coutumes, observait le Sénatus-Consulte plus strictement que partout ailleurs. « Il n'y a point de province où le Velléien ait été suivi avec plus d'exactitude et de religion que celle-ci ; il y a de tout temps été gardé, et peut-être même avec plus d'étendue que chez les Romains ; on n'y a point permis aux femmes de renoncer à leur exception ; on y a regardé leurs intercessions comme des actes nuls de plein droit, et pour raison desquels il n'était point besoin d'avoir recours aux lettres ; on y a rejeté les ratifications qu'elles avaient faites. » (2)

En général, les renonciations au Sénatus-Consulte étaient admises dans la pratique. Un arrêt de règlement du Parlement de Paris, du 29 Juillet 1595, avait statué en ce sens, et en même temps enjoint aux notaires « d'informer les femmes qu'elles ne pouvaient s'obliger pour leurs maris sans renoncer expressément au Velléien, à l'Authentique *Si qua mulier*, à peine d'en répondre en leur nom et d'être condamnés aux dommages-intérêts des parties. » (3)

L'usage de ces renonciations était si fréquent que la clause en était devenue de style dans les contrats de mariage. Mais les notaires qui l'inséraient n'en

(1) Ferrière, Dict. de Droit. V^r Velleien, t. II, p. 694.

(2) Froland, Mémoires concernant la qualité des Statuts, t. II, p. 974, cité par Merlin op. cit., § 4, n^o 8.

(3) Bretonnier, Questions de droit, V^r femme.

connaissant pas le plus souvent la portée, il s'en suivait des nullités d'actes et de nombreux procès en dommages-intérêts. Pour mettre fin à ce fâcheux état de choses, Henri IV rendit au mois d'Août 1606 un édit par lequel il abrogeait toutes les dispositions du Sénatus-Consulte Velléien et les lois romaines postérieures qui s'y référaient. Merlin nous rapporte que cet édit a d'abord été enregistré au Parlement de Paris et exécuté dans tout son ressort, sauf dans l'Auvergne et la Marche. Il a été ensuite enregistré au Parlement de Bourgogne, le 7 Août 1609. Un édit de Décembre 1683, enregistré au Parlement de Bretagne le 23 du même mois, ordonne pour son ressort l'exécution de l'édit de 1606. Un autre édit de Novembre 1704, enregistré au Parlement de Franche-Comté le 3 Janvier suivant, rappelle la disposition de l'édit de 1606 et prononce la validité de l'obligation des femmes. (1)

En Normandie, où le Parlement de Rouen se refusa toujours à enregistrer cet édit, on continua à observer avec rigueur les dispositions du Sénatus-Consulte Velléien jusqu'au jour où le Code Napoléon, en donnant à la France une législation uniforme, fit disparaître les dernières traces de cette incapacité d'intercéder dont les lois romaines avaient frappé la femme.

Dans notre Droit actuel, la femme non mariée est tout aussi capable que l'homme de s'obliger, et si la

(1) Merlin op. cit., § 1, n° 7.

femme mariée est frappée d'une certaine incapacité, la circonstance que l'obligation est contractée pour autrui est, en droit, complètement indifférente : qu'elle s'engage pour elle-même, ou pour un étranger, ou même pour son mari, il lui faut pour la validité de son obligation, soit l'autorisation de ce dernier, soit, selon les cas, celle de justice.

Le Sénatus-Consulte Velléien existe encore aujourd'hui dans quelques pays étrangers, notamment en Allemagne et en Espagne. Aussi, bien qu'ayant disparu de notre législation, les tribunaux français peuvent, à raison de sa nature, se voir dans la nécessité de l'appliquer.

DROIT FRANÇAIS.

Caractères juridiques du Contrat d'Assurance Maritime.

Nature de ce Contrat.

Objets susceptibles d'être assurés.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

« D'une manière très générale, l'assurance est un contrat par lequel une personne appelée assureur, moyennant un certain prix appelé prime, décharge en tout ou en partie une personne appelée assuré de certains risques, c'est-à-dire s'engage à l'indemniser en tout ou en partie des conséquences dommageables de certains événements appelés sinistres. » (1)
Quand l'assurance a pour objet des risques de mer, elle est qualifiée d'assurance maritime.

L'origine du contrat d'assurance est très conjecturale. On trouve bien, à Rome, accessoirement à certains contrats, des stipulations qui déplaçaient

(1) Danjon, *Eléments de Droit maritime commercial*, p. 281.

les risques entre les parties contractantes : ainsi, en matière de vente d'un corps certain, il n'était pas rare que l'on convînt que les risques au lieu d'être à la charge de l'acheteur, conformément à la règle générale, seraient supportés par le vendeur ; de même en matière de louage, de dépôt, de prêt à usage, de mise en gage, les parties pouvaient librement convenir que la perte fortuite de la chose retomberait sur le locataire, le dépositaire, l'emprunteur, le créancier gagiste. Mais, l'assurance envisagée comme contrat principal, ayant ses éléments constitutifs : une somme assurée, des risques, une prime, était-elle connue des Romains ? Il est permis d'en douter. L'opinion contraire a cependant été soutenue, et aujourd'hui encore elle a son petit groupe de partisans. Ceux-ci tire arguments de quelques fragments de Tite-Live et de Suétone, d'un passage d'une lettre de Cicéron, et d'un texte du Digeste. (1)

Les deux historiens latins parlent d'entrepreneurs qui, au cours d'une guerre, se sont engagés vis-à-vis de l'Etat à transporter par mer les approvisionnements nécessaires à l'armée, à la condition toutefois que le trésor public supporterait les pertes occasionnées par la tempête ou par les ennemis. — Qu'il y ait dans ce cas une sorte d'assurance accessoire à une convention principale, personne ne

(1) Tite-Live, liv. XXIII, ch. XLIV et liv. XXV, ch. III. — Suétone, *Vita Claudii*, ch. XVIII. — Cicéron, *Ad familiares*, liv. II, lettre 17.

peut le contester ; mais là n'est pas la question, puisque nous nous demandons en ce moment s'il existait à Rome un contrat d'assurance ayant son individualité propre.

La lettre que Cicéron écrit à Caninius Salluste, et dans laquelle il dit qu'ayant remporté une victoire en Cilicie, il espère se procurer à Laodicée des répondants pour faire parvenir à Rome, sans risque de transport, les deniers provenant du butin, est, il faut les reconnaître, d'un sérieux appui pour ceux qui prétendent attribuer une origine romaine au contrat d'assurance. Pardessus la regarde comme concluante. (1) Malheureusement, ce texte, si explicite qu'il paraisse, a pu recevoir bien d'autres explications qui ne manquent pas de vraisemblance, et il est à craindre qu'on ne s'entende jamais exactement sur sa portée. Certains commentateurs ont voulu y voir un contrat de change, certains autres, uniquement un contrat en vertu duquel « les entrepreneurs se chargeaient de transmettre au trésor de la capitale les deniers publics perçus dans les provinces par les proconsuls. » (2) Aussi, en présence de pareilles divergences, le parti le plus sage est-il de laisser en dehors du débat un texte qui se prête à des interprétations aussi variées.

Le dernier argument derrière lequel on se

(1) Pardessus, *Lois Marit.*, antér. au XVIII, t. I, p. 74.

(2) V^r Bergson, *Revue du droit français et étranger*, t. II, p. 378. — Cresp. et Laurin, t. III, p. 9. — Alf. Droz, *Traité des Ass. Marit.*, t. I. (Introduction, p. 3). — Desjardins, *Traité du Droit Comm. Marit.*, t. VI, p. 40.

retranche, est un passage du Digeste. « *Illa stipulatio, decem millia salva fore promittis ? Valet.* » (1) Mais peut-on, raisonnablement, d'un membre de phrase aussi peu formel, susceptible de s'appliquer à toutes les formes du cautionnement, conclure d'une façon péremptoire à l'existence du contrat d'assurance ? Cela nous semble bien téméraire, car il est difficile de croire que si une convention de cette importance avait été connue à Rome, elle n'eût pas laissé d'autres traces que celles-là.

Pour notre part, nous pensons avec Emérigon et la majorité des commentateurs modernes que le contrat d'assurance n'était pas en usage chez les Romains. Ce n'est pas à dire que les principes de l'assurance leur aient été inconnus : outre l'existence des contrats conditionnels accessoires dont nous avons déjà parlé, la pratique du *nauticum fœnus* nous fournit la preuve du contraire. L'analyse de ce contrat nous laisse voir, en effet, deux contrats en un seul : d'une part, le prêt de consommation en vertu duquel l'emprunteur devenait propriétaire de la chose prêtée ; d'autre part, le contrat de grosse, intervenant au même moment pour faire peser le risque sur la tête du prêteur, contrairement au droit commun. Or, c'est précisément dans cette exception aux principes ordinaires du prêt qu'apparaît l'assurance. Pour arriver à l'assurance telle qu'on la conçoit aujourd'hui, il suffisait de séparer les deux

(1) L. 67, l. 1, l. XLV.

contrats, d'isoler du prêt qui formait le fond de la convention, le pacte qui lui était adjoit, et de donner à celui-ci un nom et un caractère propre ; en un mot, d'en faire un contrat principal « dont le seul élément, la seule matière consistât dans les risques qu'une chose courait sur mer, risques dont le propriétaire se déchargerait sur un tiers, et dont celui-ci lui promettrait garantie moyennant un prix convenu. » (1)

Cette scission s'opéra à son heure « lorsque les besoins impérieux, l'excitation des intérêts sans cesse contrariés par la crainte des risques, » poussèrent les commerçants dans une voie où ils devaient tout naturellement rencontrer l'assurance. (2)

Les commentateurs qui, à la suite d'Emérigon, nient l'origine romaine de l'assurance, cessent de s'entendre quand il s'agit de déterminer la nation à laquelle il faut attribuer cette heureuse découverte. Les uns veulent en faire honneur à l'Italie, les autres à l'Espagne, quelques-uns à la France, d'autres enfin aux juifs. Nous inclinons assez vers cette dernière opinion qui semble recevoir un sérieux appui d'un texte du Talmud de Babylone, relatif à la navigation du golfe Persique au VI^e siècle après Jésus-Christ. « Les marins, y est-il rapporté, peuvent convenir entre eux que si l'un d'eux perd son navire, on lui

(1) Cresp., t. III, p. 20.

(2) Em. Cauvet, Traité des Ass. Marit., p. 23.

en construira un autre. Si l'un d'eux a perdu son navire par sa faute, on n'est pas obligé de lui en donner un autre. S'il l'a perdu sans sa faute, on lui en construit un autre. S'il l'a perdu en allant à une distance où les navires ne vont pas d'ordinaire, on n'est pas obligé de lui en construire un autre.» (1)

L'accord n'est guère plus parfait en ce qui concerne l'époque à laquelle ce contrat a pris naissance. Le seul point qui ne paraisse pas douteux, c'est qu'au XIV^e siècle l'assurance est en pleine vigueur, tant chez les peuples du Nord que chez ceux du Midi.

Au XV^e siècle, les monuments juridiques se multiplient à la suite du règlement de Barcelone publié en 1435 par les magistrats de cette ville. Au XVI^e siècle, le mouvement législatif se poursuit en s'accroissant. Le Portugais Petro Santerna et l'Italien Benvenuto Straccha publient les premiers traités sur la matière. Mais, il faut arriver au XVII^e siècle pour voir apparaître le premier règlement important, l'Ordonnance de 1681, qui, au dire de Valin, souleva une telle admiration que toutes les nations l'adoptèrent comme un monument d'intelligence et de sagesse. (2)

Au XVIII^e siècle, l'assurance entre dans une phase nouvelle avec la création des sociétés par actions ; grâce à l'union des capitaux, la prévoyance

(1) Sic Desjardins, t. VI, n° 1290. — Labraque Bordenave, Traité des Ass. Marit.

(2) Labraque-Bordenave, op. cit., p. 24.

humaine peut se donner libre cours, et atteindre des dangers que jusque-là elle avait été impuissante à conjurer. Enfin de nos jours, les procédés perfectionnés de la statistique et « de l'épargne, les nouvelles ressources du crédit, les combinaisons multipliées des placements à intérêts, la puissance agrandie de l'anonymat » ont contribué largement à étendre le domaine de l'assurance. (1)

La forme la plus ancienne de l'assurance est l'assurance maritime. Ce n'est qu'à la fin du siècle dernier que les Anglais, les premiers, eurent l'idée d'appliquer aux risques terrestres le contrat d'assurance. Mais il était si peu pratiqué sous cette forme nouvelle, que les rédacteurs du Code de commerce se contentèrent de reproduire à peu près les dispositions de l'Ordonnance de 1681 sur les assurances maritimes, sans dire mot des assurances terrestres.

Il n'est d'ailleurs aucunement surprenant que le besoin du contrat d'assurance se soit fait sentir tout d'abord en matière maritime, car les fortunes de mer sont bien plus à redouter que les fortunes de terre. « Avec de l'intelligence et de la prévoyance, on peut, jusqu'à un certain point et même dans une large mesure, se mettre à l'abri des risques terrestres ; mais que peuvent les mêmes qualités, à quoi servent aussi l'habileté et l'expérience du capitaine le plus consommé contre les dangers de la mer ? On

(1) Desjardins op. cit., p. 14. — V^r Albert Chaufon, t. I, p. 330.

peut dire que sans l'assurance la grande navigation n'existerait pas. » (1)

Longtemps les jurisconsultes ont discuté sur le point de savoir à quel contrat usuel il fallait rattacher l'assurance. Les uns y voyaient un louage, les autres une société, d'autres encore une vente. Cette dernière façon de l'envisager était suivie par la plupart des commentateurs ; mais, dès qu'il s'agissait de déterminer le rôle respectif des parties, les avis étaient très partagés. D'après Pothier, l'assureur était le vendeur, l'assuré l'acheteur, la chose vendue la décharge des risques auxquels est exposée la chose assurée, la prime le prix de la vente. (2)

Aujourd'hui, l'opinion générale est que l'assurance est un contrat qui a sa nature propre : une convention simple, une, indépendante, subsistant par elle-même. « Ce n'est ni une vente, ni un louage, ni une société, ni une gageure, ni rien de ce que certains docteurs ont imaginé ; c'est un contrat tel qu'il a été créé par la nature des choses. » (3)

Pour être valable, le contrat d'assurance doit réunir les six éléments suivants : 1^o le consentement des parties ; 2^o leur capacité ; 3^o une chose assurée ; 4^o des risques auxquels cette chose soit ou doive être exposée ; 5^o une indemnité promise

(1) Laurin, Précis de Droit Marit., p. 278.

(2) Pothier, Traité des Assur. Marit., n^o 4.

(3) Emérigon, Traité des Assur., ch. I, sect. 2. — Alauzet, Traité général des Assur., t. I, n^o 109. — Droz, Traité des Assur. Marit., t. I, p. 2. Introduction.

à l'assuré en cas de réalisation de ces risques :
6^o une prime promise à l'assureur comme prix de l'assurance.

Parmi ces éléments, un seul, la chose assurée, fera l'objet de notre étude. Mais avant d'aborder ce sujet, nous allons examiner les caractères juridiques et la nature du contrat d'assurance.

CHAPITRE I.

CARACTÈRES JURIDIQUES DU CONTRAT D'ASSURANCE.

De la définition du contrat d'assurance, il ressort que ce contrat est synallagmatique. Il engendre, en effet, des obligations à la charge de chacune des parties : l'une s'engage à payer la prime, l'autre à supporter les risques de la navigation : *emptio periculi*, *pretium periculi*, tels sont les deux correspectifs indivisibles, indispensables de toute assurance, les deux éléments qui seuls, par leur réunion, puissent constituer un contrat de ce genre. (1)

On a bien soutenu que si la prime était acquittée au moment de la passation du contrat, l'assurance perdait son caractère de contrat synallagmatique, parce qu'il ne subsistait plus alors qu'une seule obligation, celle de l'assureur ; (2) mais il nous semble avec M. Desjardins que même dans ce cas l'assurance ne devient pas un contrat unilatéral. Si, en effet, le paiement de la prime constitue pour l'assuré une obligation essentielle

(1) Cresp., Cours de Droit marit., t. III, p. 410.

(2) En ce sens : Toullier, t. VIII, p. 490. — Boulay-Paty, t. III, p. 252. — Cresp., t. III, p. 411.

au contrat d'assurance, ce n'est point la seule qui lui incombe, et même après avoir payé la prime, il est encore tenu de certaines obligations qui suffisent pour conserver au contrat son caractère synallagmatique. (1)

A l'origine, lorsqu'à l'accord des volontés, il fallait qu'un élément matériel, la remise effective de la prime, vînt s'ajouter pour donner la vie à l'assurance, ce contrat était réel. Aujourd'hui que cette formalité n'est plus exigée pour la perfection du contrat, il est devenu consensuel.

Est-ce à dire cependant que le simple consentement manifesté verbalement suffise pour la validité de l'assurance, et qu'il ne faille pas, comme semble le prescrire l'article 332 du Code de commerce, que ce consentement revête la forme écrite? La question a été, et est encore de nos jours, l'objet d'une vive discussion qui provient de ce que le Code et, avant lui, l'Ordonnance de la marine, ne se sont pas expliqués d'une manière précise. D'après Emérigon, l'art. 2, titre VI, liv. III, de l'Ordonnance portant que « le contrat serait rédigé par écrit, » établit un point de forme qui doit être rigoureusement observé. (2) Au contraire, Valin et Pothier (3) enseignaient que l'écriture était seulement requise pour la preuve du contrat. C'est cette dernière opinion qui, chez

(1) Desjardins, *Traité de Droit commerc. marit.*, t. VI, p. 14.

(2) Emérigon *op. cit.*, ch. II., sect. I.

(3) Valin, *Sur l'art. 2 de l'ord.* — Pothier, *op. cit.*, n° 99.

nous, a fini par prévaloir en doctrine et en jurisprudence. L'argument sur lequel on s'appuie est tiré du rapprochement des articles 273 et 332 (C. de com.) Si l'on compare en effet ces deux textes, le premier qui a rapport à l'affrètement semble plus impératif : l'affrètement, dit-il, « doit être rédigé par écrit, » et cependant, on ne peut pas sérieusement prétendre que pour le contrat d'affrètement l'écriture est requise *ad solemnitatem* ; par suite, et par a fortiori, faut-il décider qu'il en est de même pour le contrat d'assurance, et que l'écrit n'est exigé *qu'ad probationem*. (1) Mais à défaut de preuve écrite quelconque, police régulièrement dressée, livres des parties, billets de prime, on peut avoir recours à l'aveu ou au serment. M. Cresp qui soutient le contraire a été, à cet égard, désavoué par son annotateur M. Laurin. (2) L'aveu, en effet, est la preuve par excellence, « *confessio omnium probationum maxima est*, » et le serment peut, aux termes de l'article 1358 du Code civil, être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit. Quant à la preuve testimoniale, nous croyons que le législateur, en spécifiant que le contrat d'assurance « est rédigé par écrit » (332 C. de com.), a voulu l'exclure, lors même qu'il ne s'agit que d'une somme inférieure à 150 francs, et déroger

(1) Desjardins, Traité de Droit comm. marit., t. VI, p. 44 et suiv.

(2) Cresp. et Laurin, t. III, p. 237.

ainsi à la règle de l'art. 109 du Code de commerce. (1)
Toutefois, nous ferions exception pour le cas où
il y aurait un commencement de preuve par
écrit, parce que la loi ne s'expliquant pas sur ce
point d'une façon explicite, il est préférable, dans
l'intérêt des parties, de lui donner l'interprétation
la plus large. — La jurisprudence de la Cour de
cassation est en ce sens. « Attendu, lit-on dans
« un arrêt du 15 Février 1826, que la quittance
« donnée par F..., étant au moins un commence-
« ment de preuve par écrit d'une convention d'assu-
« rance, la Cour de Colmar était autorisée à se
« décider par des présomptions graves, précises et
« concordantes, si elle en trouvait de suffisantes
« dans les éléments de la procédure. » (2)

Il va sans dire que si la police a été perdue par
cas fortuit, la preuve testimoniale est admissible
par application du droit commun. (1348 C. civ.)

En Angleterre, l'écrit est exigé pour la validité
du contrat d'assurance. « Aucun contrat ou con-
vention d'assurance maritime, dit le texte législatif
de 1867, autre que l'assurance dont il est question
dans l'art. 55 de l'act de 1862, (assurance contre les
fautes du capitaine et de l'équipage) n'est valable que
si une police a été rédigée à cet effet. » (3)

(1) Pothier Ass., n° 96. — Cresp. et Laur., III, p. 231. — E. Cauvet Ass., II,
n° 466. — Desjardins, VI, p. 42. — Contra : Pardessus II, n° 792. — Bédarrides,
III, n° 1016. — Droz, Ass. I, n° 10.

(2) Req. 15 Fév. 1826, (S. 1827, 1, 132). Req. 5 Nov. 1862, (D. P. 63, 1, 229).

(3) Art. 7, loi du 31 Mai 1867.

Le Code espagnol de 1885 renferme une disposition analogue : « Pour être valable, le contrat d'assurance maritime doit être rédigé par écrit en forme de police signée par les contractants » (737, § 1).

L'ancien Code italien portait que le contrat devait être fait par écrit, à peine de nullité. Le nouveau Code de 1882 se borne à dire que le contrat d'assurance doit être fait par écrit. (Art. 420).

D'après le Code allemand et le Code néerlandais, au contraire, l'écriture n'est pas de l'essence du contrat ; elle ne sert qu'à le constater (art. 788, C. all., art. 255, C. holl.), le contrat subsiste dès que la convention a été arrêtée entre les parties.

L'art. 25 de la loi belge du 11 Juin 1874 est conçu dans le même esprit : « Le contrat d'assurance doit être prouvé par écrit quelle que soit la valeur de l'objet du contrat. Néanmoins la preuve testimoniale peut être admise, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. »

Un troisième caractère du contrat d'assurance, c'est d'être à titre onéreux. Chacune des parties recherche dans l'opération son avantage, et n'entend point faire à l'autre une libéralité : l'assureur ne consent à garantir l'assuré des risques que lui fait courir sa chose, qu'à la condition de recevoir de celui-ci une certaine somme proportionnée à la protection qu'il lui accorde. Si la prime n'existait pas ou n'était pas en rapport avec les risques, l'assurance ne serait, sous une autre forme, pour

le tout ou pour partie, qu'une donation conditionnelle de l'indemnité à payer et se trouverait soumise comme telle aux règles des donations. (1)

Pour déterminer les caractères d'un contrat, il faut se placer au moment de sa formation ; c'est pourquoi, si par suite de l'heureuse arrivée à destination de l'objet assuré, l'assureur n'a rien à déboursier et se trouve enrichi du montant intégral de la prime, l'assurance ne dégénérera pas pour cela en contrat à titre gratuit. En effet, lorsque l'assurance a pris naissance, les deux parties ont contracté l'une envers l'autre une obligation : l'assuré s'est engagé à payer une prime, et l'assureur, en retour, a assumé la responsabilité des risques. Si celui-ci se trouve aujourd'hui libéré, c'est que son obligation était subordonnée à une condition, la perte ou la détérioration des objets assurés, qui ne s'est pas réalisée.

Nous arrivons ainsi tout naturellement à nous demander si l'assurance est un contrat conditionnel ? Emérigon répond affirmativement et bon nombre d'auteurs sont avec lui. Suivant nous, cette solution n'est rigoureusement exacte que dans le cas où la prime n'est pas due à tout événement, parce qu'alors seulement les obligations qui naissent du contrat sont conditionnelles, tant de la part de l'assureur que de celle de l'assuré. Dans l'hypothèse, au contraire, où la prime est

(1) Laurin, Note sur Cresp., t. III, p. 123.

due quel que soit le résultat du voyage, le contrat a un caractère différent suivant le point de vue auquel on se place : au regard de l'assureur, il est bien toujours conditionnel, puisque le paiement de l'indemnité n'a jamais lieu que si la chose assurée périt ou est endommagée dans les termes convenus ; mais, au regard de l'assuré, le contrat est pur et simple, car, quoiqu'il arrive, il est obligé de payer la prime convenue, soit effectivement, soit sous forme de retenue que lui fait subir l'assureur si, par suite de la réalisation du risque, celui-ci est tenu au remboursement de la somme assurée.

Cependant, on peut, à la rigueur, dire d'une manière générale que l'assurance est un contrat conditionnel, parce que l'obligation principale, celle qui ne saurait changer de caractère, et sans laquelle il n'y aurait pas d'assurance, c'est l'obligation de l'assureur. Si, en effet, l'obligation de l'assuré peut être pure et simple (c'est même là son caractère habituel), il est impossible de concevoir l'obligation de l'assureur autrement que conditionnelle : que serait la promesse de payer quoiqu'il arrive, quel que soit l'évènement ? Que serait la promesse d'indemniser même dans le cas où il n'y aurait pas lieu à indemniser ? Ce ne serait pas là une assurance, mais une vraie donation. (1)

(1) Cresp op. cit., t. III, p. 131.

A un autre point de vue, et dans une acception plus spéciale, le contrat est conditionnel en ce sens qu'il s'évanouit si, pour une cause quelconque, le voyage ne se réalise pas. La mise en risques qui est l'aliment indispensable de l'assurance, la raison d'être de la convention, n'ayant pas lieu, le contrat ne peut subsister, et pour employer l'expression consacrée en la matière, il est ristourné. (Art. 349, C. de com.) Contrairement aux règles ordinaires des contrats, la volonté de l'une des parties, celle de l'assuré, suffit ici pour rompre la convention. Cette exception qui, de prime abord, semble exorbitante, se justifie parfaitement si on songe aux circonstances diverses qui peuvent faire changer de détermination à l'assuré. Le législateur a, du reste, respecté l'équité en autorisant l'assureur à réclamer, en dédommagement de la prime qu'il ne touche pas, un demi % de la somme assurée.

Dans le contrat d'assurance, l'assureur ne peut a priori savoir si l'affaire qu'il conclut est bonne ou mauvaise. Il doit, pour en connaître les conséquences, attendre l'issue du voyage. Les choses assurées arrivent-elles à heureuse destination, il réalise un bénéfice ; sont-elles perdues ou avariées, il subit une perte. Or, cette incertitude sur le résultat du contrat étant précisément la caractéristique des contrats aléatoires, c'est au nombre de ceux-ci qu'il faut ranger l'assurance. A la différence de ce qui a lieu dans les contrats appelés commutatifs, où chaque partie peut, en contractant,

comparer l'avantage qu'elle doit recevoir à celui qu'elle doit procurer, dans les contrats aléatoires, les parties, ou l'une d'elles tout au moins, (art. 1964, C. civ.) ne s'engagent que sur des probabilités ; seuls les événements ultérieurs se chargent de leur faire connaître si elles ont agi au mieux de leurs intérêts.

Etant donné, ce que tout le monde admèt, que l'assurance est un contrat aléatoire, c'est maintenant le lieu de rechercher si elle est ou non autre chose qu'un jeu du hasard, un pari, une gageure ?

Les auteurs ont parfois hésité plus ou moins à se prononcer sur cette délicate question, redoutant peut-être la conséquence qu'entraînerait avec elle une solution affirmative, car si l'assurance n'est qu'un jeu de hasard, une gageure, ne faut-il pas lui appliquer la règle de ces contrats, et par conséquent, la prohibition qui les frappe ?

De tout temps, le législateur a proscrit sévèrement le jeu dans lequel n'intervient que le pur hasard. Quant au pari, bien qu'en réalité on ne voit guère en quoi il diffère du jeu, et qu'il soit difficile de ne point donner pour l'un et l'autre une même définition, jusqu'à l'apparition du Code civil on l'a tenu pour valable. Le législateur de 1804, suivant en cela le droit reçu à Rome, mais se séparant de la plupart des législations étrangères qui, aujourd'hui encore, laissent le champ libre à la gageure et proscrivent le jeu, a appliqué à ces deux contrats une règle uniforme : sauf les gageures qui auraient pour objet des actes de force ou d'adresse et qui

d'ailleurs ne seraient pas immodérées, pas plus pour le paiement d'un pari que pour une dette de jeu il n'est accordé d'action en justice. (Art. 1965, C. civ.)

Voilà donc, d'une part, le jeu et la gageure défendus formellement, et d'autre part, l'assurance vue avec faveur et entourée des dispositions les plus bienveillantes de la loi. Ces trois contrats ont cependant entre eux une telle ressemblance que, malgré les solutions plus ou moins contournées de certains commentateurs, tous au fond sont d'accord pour reconnaître que l'assurance n'est autre chose qu'un jeu, une gageure. Un auteur anglais, Blackstone, a parfaitement montré le point commun qui les rapprochait : si j'assure, dit-il, un vaisseau pour le Levant et retour à 5 %, la chance sur laquelle je calcule est de 20 pour le succès du voyage contre un pour la perte du navire, et s'il périt, je perds 100 livres pour 5 que j'ai reçues. L'assurance n'est par conséquent qu'un pari, car celui qui assure à 5 %, reçoit 5 livres pour en rendre 100, si certain événement arrive, et l'effet est précisément le même que s'il avait parié 95 contre 5, ou 19 contre 1, que le vaisseau arriverait heureusement, ou que certain événement n'aurait pas lieu. (1) Pour quelles raisons alors le traitement que la loi a fait à chacune de ces conventions n'est-il pas le même ? Pourquoi l'assurance n'est-elle pas tombée sous la même défaveur que le jeu et le pari ? Voici comment s'explique

(1) Blackstone, t. III, p. 495, cité par Cresp., p. 147.

cette apparente contradiction. Les gageures sont de deux espèces : on peut parier ou spéculer sur une chose casuelle, sur un événement incertain, de deux manières bien différentes. Les deux parties peuvent être étrangères à la chose en risques ; l'une d'elles peut en être propriétaire ou avoir un intérêt quelconque à sa conservation. Dans le premier cas, les contractants n'ont qu'un but, s'enrichir aux dépens l'un de l'autre, et pour l'atteindre, ils ne prendront garde bien souvent à l'honnêteté des moyens employés. Dans le second cas, au contraire, l'objectif est tout différent : ce n'est point pour acquérir, mais pour conserver que la convention est faite. Ni l'assureur ni l'assuré n'ont intérêt à ce que la chose périsse ou soit détériorée : l'assuré ne gagne rien à voir se réaliser l'événement en vue duquel le contrat est passé, et l'assureur, lui, a tout avantage à ce que le voyage s'accomplisse heureusement. Après cela, il est facile de comprendre que la loi n'ait pas traité de la même façon ces deux espèces de gageures, car si le simple pari n'est propre qu'à engendrer la discorde et la haine entre les hommes, l'assurance, au contraire, est bien faite pour resserrer les liens qui doivent exister entre eux ; le but qu'elle poursuit est essentiellement moral. (1)

Avant de nous étendre sur la nature du contrat d'assurance et de montrer que dans toutes ses

(1) Cresp op. cit., t. III, p. 148.

prescriptions le législateur s'est toujours inspiré de ce principe, qu'il n'a posé nulle part, à savoir que l'assurance est un contrat de conservation ou d'indemnité, il nous reste à examiner brièvement un dernier caractère en répondant à la question suivante : l'assurance est-elle un contrat de droit strict ou un contrat de bonne foi ?

Emérigon la résolvait ainsi : l'assurance est un contrat de droit étroit en ce sens que si les pactes stipulés sont clairs par eux-mêmes et ne contiennent aucune clause contraire aux lois, le juge ne doit pas s'en écarter. Mais dans le cas où les conventions des parties ont été rédigées d'une manière obscure et ambiguë, le magistrat a l'autorité de se déterminer par les lumières que l'équité légale, le droit commun, la nature du contrat et les circonstances de la cause peuvent lui suggérer. (1)

Peut-être eût-il mieux valu, dit M. Cresp, (2) abandonner une division d'actions et de contrats née du système antique des formules, depuis longtemps tombée en désuétude, qui n'est propre qu'à jeter la confusion dans les esprits et à exercer une influence fâcheuse sur les décisions de la jurisprudence. On se convaincra de la justesse de cette observation par l'exemple suivant que rapporte M. Laurin dans ses notes sur Cresp : « Une personne fait assurer des blés chargés ou à charger sur un navire désigné.

(1) Emérigon op. cit., ch. I, sect. V.

(2) Cresp op. cit., t. III, p. 189.

Le navire arrive portant des seigles. Question de savoir si les seigles sont des blés. Le tribunal de commerce de Marseille dit non, par cette raison que l'assurance étant de droit strict, on ne peut rectifier une erreur de la police (14 Déc. 1855). Mais la Cour d'Aix infirme par arrêt du 24 Juillet 1857 et décide que les seigles ne sont qu'une variété de blés, d'une qualité un peu inférieure, il est vrai, et qu'ils sont dès lors compris dans les termes de la police ; ce qui implique bien d'autre part que l'assurance est un contrat de bonne foi, se prêtant à la plus large interprétation. » Pour couper court à ces décisions contradictoires, le plus simple serait de s'en rapporter à la règle si claire posée par le Code civil dans les articles 1134, 1135, 1156 : les conventions tiennent lieu de lois aux parties ; elles doivent être exécutées de bonne foi ; pour en apprécier l'étendue, il faut rechercher quelle a été l'intention commune des parties, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. Comme tous les autres contrats, l'assurance est donc en ce qui concerne son interprétation ou son exécution un contrat de bonne foi.

A un autre point de vue, si on considère non plus l'exécution du contrat, mais sa formation, l'assurance est encore un pacte de bonne foi. Elle offre même ce caractère particulier qu'à la différence des autres conventions, où l'absence de manœuvres frauduleuses suffit pour qu'elles ne puissent être annulées, elle exige en outre pour sa validité l'ab-

sence de toute dissimulation, de toute réticence. En d'autres termes, le législateur punit ici, suivant l'expression de certains interprètes, non seulement le dol actif, c'est-à-dire les agissements employés par l'une des parties pour entraîner la volonté de l'autre, et sans lesquels celle-ci ne se serait pas déterminée ; mais encore le dol négatif, c'est-à-dire le silence calculé, gardé sur un défaut ou un vice de la chose assurée qui, s'il avait été connu de l'assureur, l'aurait détourné de signer le contrat. Nous verrons même tout à l'heure qu'il y a plus, et que la bonne foi de l'assuré ne suffit pas pour le mettre à l'abri de la ristourne du contrat lorsqu'il y a fausse déclaration ou réticence répondant aux conditions de l'art. 348.

La sévérité plus grande du législateur se conçoit ici fort bien et se justifie par des considérations pratiques. Les conditions dans lesquelles se contracte l'assurance sont toutes différentes de celles qui accompagnent les autres conventions : en thèse générale, on peut aisément échapper aux conséquences d'une dissimulation ; il y a mille moyens de connaître les défauts et les qualités de l'objet ; si l'un des contractants se laisse prendre aux habiletés de l'autre, il ne peut en accuser que lui seul, et la loi n'avait pas à intervenir en faveur de l'un ou de l'autre.

Il n'en est pas de même dans l'assurance : souvent le navire ou les marchandises qu'il s'agit d'assurer se trouvent dans un endroit éloigné ; l'assureur n'a aucun agent pour le renseigner sur leur état, et il

doit s'en rapporter, sans pouvoir la contrôler, à la parole de l'assuré. Sa situation vis-à-vis de ce dernier est donc très désavantageuse ; aussi comprend-on que la loi soit intervenue pour le protéger, en imposant à l'assuré le devoir strict de fournir à l'assureur tous les renseignements qu'il possède lui-même, sous peine d'annulation du contrat. (1)

La matière de la réticence fait l'objet de l'art. 348 du Code de commerce. « Toute réticence, toute fausse déclaration de la part de l'assuré, toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissance, qui diminueraient l'opinion du risque ou en changeraient le sujet, annulent l'assurance. — L'assurance est nulle, même dans le cas où la réticence, la fausse déclaration ou la différence, n'auraient pas influé sur le dommage ou la perte de l'objet assuré. »

Nous allons, en examinant ces dispositions, passer successivement en revue les quelques points suivants :

A. — Que faut-il entendre par réticence et par fausse déclaration ?

B. — Quels sont les cas dans lesquels il y a réticence ?

C. — Quels sont les effets de la réticence ?

Auparavant, il est bon de faire remarquer avec M. J.-V. Cauvet (2) que le législateur aurait pu se dispenser de parler « de la différence entre le

(1) Danjon op. cit., p. 297.

(2) J.-V. Cauvet, I, p. 220.

contrat d'assurance et le connaissance. » sans restreindre pour cela le moins du monde la portée de l'article. « Le connaissance désignant les marchandises, le nom du navire, le chargeur, quelquefois le destinataire, les points de départ et de destination du voyage, renferme la plupart des énonciations essentielles à une police ; il constate des faits qui ne peuvent être mentionnés différemment dans le contrat d'assurance. S'ils y sont mentionnés autrement, c'est une fausse déclaration ; s'ils ne sont pas déclarés, c'est suivant le cas une réticence. Une différence entre le connaissance et la police rentre donc dans la fausse déclaration ou la réticence. »

Il semble même qu'il eût suffi de faire mention de la réticence, car la fausse déclaration n'est qu'une espèce de réticence ayant un caractère de gravité plus grande : qu'est-ce que mentir sinon taire la vérité ? (1)

Ces observations faites, voyons ce qu'est la réticence, ce qu'est la fausse déclaration.

A. — La fausse déclaration, c'est toute énonciation qui a pour résultat d'induire l'assureur en erreur. Nous disons résultat et non but, pour bien marquer que la fausse déclaration comprend la déclaration erronée comme la déclaration mensongère. De même, nous n'entendrons pas la réticence dans le sens que le langage courant attribue à ce mot, c'est-à-dire dans

(1) Danjon, p. 298.

le sens d'omission volontaire ; nous comprendrons sous cette dénomination tout silence, calculé ou non, gardé sur un fait que l'assureur a intérêt à connaître. La bonne ou la mauvaise foi de l'assuré ne sont donc pas en cause. — Tous les auteurs sont unanimes sur ce point. (1) Leur opinion s'appuie d'ailleurs sur les principes généraux qui régissent les conventions. D'après le droit commun, en effet, l'erreur est une cause soit d'inexistence, soit d'annulabilité du contrat suivant qu'elle porte sur l'objet même ou sur la substance (1110, C. civ.) ; or, l'erreur sur le sujet des risques ou sur leur étendue est une erreur sur l'identité de la chose assurée ou sur la substance. Du reste, en matière d'assurance, l'erreur qui porte sur une qualité même accidentelle est une cause d'annulabilité, pourvu qu'elle ait pour effet de diminuer sérieusement l'opinion du risque.

La jurisprudence décide, comme la doctrine, que la bonne foi de l'assuré ne doit pas être prise en considération : la négligence ou l'erreur commises par lui constituent à l'égard de l'assureur une faute préjudiciable dont celui-ci ne doit pas souffrir. (2) Il y a cependant quelques décisions judiciaires qui sont en sens contraire. (3)

(1) Pardessus, n^{os} 883 et suivants. — de Courcy, *Quest. de Droit maritime*, 1^{re} série, p. 301 et suivantes. — Desjardins, I, VII, p. 43. — Boistel, n^o 1315. — Lyon-Caen et Renault, *Précis de Droit commerce.*, p. 486.

(2) Bordeaux, 7 Av. 1835. (*Journ. de Mars* 1835, 2, 164). Ch. req. 1^{er} Déc. 1869, (*D. P.* 1870, I, 200).

(3) Trib. comm. de Mars, 16 Sept. 1834. (*Journ. de Mars* 1835, 1, 94). Paris, 2 Janvier 1877, (*D. P.* 81, 4, 165).

En droit anglais et en droit anglo-américain, la réticence (*concealment*) et la fausse déclaration (*misrepresentation*) frauduleuses ou simplement erronées annulent également l'assurance.

Les jurisconsultes anglais ont réparti d'une façon fort rationnelle les différentes déclarations en trois catégories :

1^o Les déclarations sous forme affirmative ; 2^o les déclarations d'opinions ; 3^o les déclarations consistant à communiquer simplement les informations.

Dans le premier cas, la fausse déclaration entraîne l'annulation du contrat, alors même qu'elle se rapporte à un fait futur sous forme de promesse.

Dans le second cas, quand l'assuré a simplement déclaré croire telle chose, il n'y a nullité que s'il y a eu mauvaise foi, si l'assureur croyait le contraire ou si en réalité il ne savait rien.

Dans le troisième cas, l'assuré, sauf le cas de fraude, n'est obligé de prouver qu'une chose, c'est que l'information a été donnée, à moins que l'information reconnue fausse n'émanât d'un agent de l'assuré dont il aurait à répondre. L'assuré n'est tenu de dire que ce qu'il sait, en laissant à l'assureur le soin d'en tirer ses propres appréciations. (1)

Le Code espagnol (art. 381, §§ 2 et 3), le Code allemand (art. 814), la loi belge du 11 Juin 1874, (art. 9), le Code italien de 1882, (art. 429), indiquent

(1) Arnould, *Insur.*, p. 508 et suiv., 518, 519, 522, 523, 525. — V^e Desjardins, t. VII, p. 60. — de Valroger, t. III, p. 463 et 464.

aussi en termes formels qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre le cas de simple erreur et celui de dol.

B. — La réticence et la fausse déclaration ne vicient pas nécessairement le contrat : elles n'entraînent la ristourne de l'assurance qu'autant « qu'elles diminuent l'opinion du risque, ou qu'elles en changent le sujet » (348), c'est-à-dire qu'elles ont laissé supposer à l'assureur que les risques étaient moindres qu'ils ne le sont en réalité, ou que la chose assurée était autre qu'elle n'est. Cela se comprend aisément, car si la réticence ou la fausse déclaration portent sur des faits indifférents pour l'appréciation du risque, ou que l'assureur connaît déjà par d'autres voies, le consentement que celui-ci a donné au contrat n'étant atteint d'aucun vice, rien ne saurait motiver l'annulation de l'assurance. (1)

La loi anglaise, le Code belge, (loi du 11 Juin 1874, art. 9), le Code italien (art. 429), le Code espagnol (art. 381, §§ 2 et 3), le Code hollandais, (art. 251), s'expriment à peu près dans des termes identiques à ceux de la loi française. Le Code allemand se borne à dire que la déclaration inexacte doit être relative à une circonstance importante : « l'inexactitude, lit-on dans l'art. 813, dans les déclarations faites par l'assuré, lors de la conclusion du contrat, relativement à une circonstance importante, entraîne la nullité du contrat au profit de l'assureur, à moins que celui-ci n'ait connu l'inexactitude de la déclaration. »

(1) Req. 1^{er} Déc. 1869, (D. P. 70, 1, 200).

Il suffit d'ailleurs que la réticence ou la fausse déclaration aient diminué l'opinion ou changé le sujet du risque : il n'y a pas à rechercher si le fait omis ou inexactement indiqué a effectivement influé sur le risque. (Art. 348, § 2).

« Un projet, rédigé pour l'Etat de New-York et déposé le 9 Janvier 1884, admet certains cas où l'assureur ne peut se plaindre de la réticence que si la circonstance non révélée a été la cause même de la perte. Tel serait le cas où l'on se serait borné à dissimuler la nationalité du navire, la régularité de ses papiers, celui où il s'agirait de contrebande étrangère. D'après le projet, de pareilles réticences n'autorisent l'assureur qu'à s'exonérer des pertes qui en ont été la suite. » (1)

La question de savoir si le sujet du risque a été changé, ou si l'opinion du risque a été modifiée, est le plus souvent une question de pur fait dont la solution définitive est confiée à la sagacité et à la conscience du juge du fait. Toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut que le juge du fait n'ait basé sa sentence que sur l'intention des contractants ; s'il a déclaré d'une façon générale que tel événement n'est pas de nature à diminuer l'opinion du risque, la Cour de cassation peut censurer sa sentence. (2)

Pour reconnaître s'il y a ou non réticence

(1) de Valroger, t. III, p. 466.

(2) Arrêt de cass., 4 Av. 1887, (D. P. 1887, 1, 241) rendu sur ce point conformément aux conclusions de M. l'avocat général Desjardins. — Civ. r., 14 Déc. 1880, (D. P. 81, 1, 164).

susceptible d'entraîner l'annulation du contrat, le juge devra rechercher uniquement si l'assuré a déclaré ou non toutes les particularités précises, connues de lui, ignorées de l'assureur, qui concernent directement et matériellement la chose dont il demande l'assurance. Il n'a point, selon nous, à examiner, comme le voudrait M. de Courcy, si l'assuré a fait part des impressions, des sentiments qui auraient été pour lui un motif déterminant du contrat. (1) L'article 348 ne nous paraît pas avoir pareille exigence. Une fois que l'assuré a déclaré à l'assureur les faits que celui-ci a intérêt à connaître, il est à l'abri de tout reproche ; les conséquences à tirer de ces faits sont affaire d'appréciation personnelle, et regardent l'assureur. C'est du reste la solution donnée par les jurisconsultes anglais qui, en matière d'assurances, ont une autorité incontestable.

Partant de ce principe, nous considérerons comme susceptibles d'influer sur l'opinion du risque, et « par suite comme devant être déclarés aussi exactement que possible par l'assuré : 1^o la nature, la manière d'être, les qualités ou les défauts, l'état sain ou avarié des choses assurées ; 2^o les conditions dans lesquelles se trouvent les choses assurées, et notamment leur situation. » (2) C'est ainsi que le tribunal de commerce du Havre a décidé par

(1) de Courcy, *Quest. de Droit mar.*, année 1877, p. 303 et suiv.

(2) Danjon, p. 299.

jugement du 29 Mai 1883, que l'assurance sur corps est annulable, en principe pour réticence, si l'assuré n'a pas fait connaître aux assureurs toutes les nouvelles qu'il pouvait avoir du navire, ainsi que les circonstances, à lui connues, de sa situation quant au voyage, de ses escales, de ses retards, ou de toutes autres circonstances propres à modifier l'opinion du risque. (1)

Arrêtons-nous sur quelques cas de réticence ou de fausse déclaration, de nature à entacher de nullité le contrat d'assurance.

L'assureur pourrait-il demander la ristourne de l'assurance, sous prétexte que l'assuré ne l'a point prévenu que l'administration du Veritas a refusé de renouveler la cote du navire? Un arrêt de la Cour de Paris du 16 Février 1860, visant l'art. 348, a résolu la question affirmativement, parce qu'une pareille circonstance n'était pas un fait public, et que par suite elle pouvait parfaitement être ignorée de l'assureur. (2) La solution contraire donnée par la cour d'Aix quelques années plus tard, et suivie généralement par la jurisprudence, nous semble bien préférable. La cote au Veritas est, en effet, quoiqu'en dise la Cour de Paris, un fait public en ce sens que l'assureur peut se munir de tous les renseignements désirables en consultant le registre de classification ; le silence de l'assuré à cet égard ne

(1) Rec. du Havre, 1883, 1, 143.

(2) Cour de Paris, 16 Fév. 1860, (S. 60, 2, 438).

peut donc pas être considéré comme une réticence. (1) Récemment, le tribunal de la Seine, d'accord avec la jurisprudence de la cour d'Aix, a, dans un jugement du 12 Mai 1886. (2) décidé que l'erreur dans la classification du navire n'était pas une cause de nullité de l'assurance si l'assureur n'a pu ignorer la nature, l'importance et l'emploi du navire assuré.

Il en serait autrement si l'assuré avait fausement déclaré que le navire était coté au Veritas, ou bien qu'il n'y était pas, parce qu'alors l'assureur serait excusable de ne pas avoir consulté le registre de classification. (3)

L'assurance pourrait encore être annulée malgré la clause « ou tout autre pour lui » insérée dans la police, si, lors du contrat, on a indiqué un autre capitaine que celui commandant le navire. (4) M. E. Cauvet trouve cette solution par trop rigoureuse, l'assuré s'étant, dans l'espèce, réservé le droit de changer de capitaine. Mais il faut répondre qu'autre chose est le changement de capitaine, autre chose, une fausse déclaration.

De même encore la police pourrait être annulée si l'assuré sur corps avait opéré un chargement de nature à compromettre l'existence du navire ou la

(1) Aix, 8 Fév. 1886, (D. P. 67, 5, 28).

(2) Autran, *Revue intern. Marit.*, t. II, p. 440.

(3) Desjardins, t. VII, p. 49. — Lyon-Caen et Renault, note 2, p. 262.

(4) Arrêt de Bordeaux, 29 Mars 1848, (D. P. 48, 2, 70). — V^r E. Cauvet, *Ass.* n° 200.

sécurité des passagers, sans en avertir l'assureur. La même observation doit être faite au sujet de l'assurance sur facultés.

Il y aurait réticence grave à ne pas déclarer les échelles que doit faire le bâtiment, car les échelles le détournent de la route directe et augmentent les risques. Il a été jugé que la réticence entraînait la ristourne de l'assurance, alors même que le sinistre se serait produit sur le parcours mentionné dans la police. (1) « La raison de décider ainsi est tirée de ce que le consentement de l'assureur et de l'assuré devant porter sur le même objet, a été vicié dès le principe, l'assureur ayant en vue certains risques prévus et limités par les données de la police, et l'assuré des risques plus grands. » (2)

Les assurés sur corps qui ne déclarent pas une assurance déjà faite sur le fret, les assurés sur facultés qui ne mentionnent pas une assurance contractée sur profit espéré, commettent une réticence de nature à entraîner la ristourne de l'assurance, lorsque les assureurs avaient intérêt à connaître l'existence des contrats passés antérieurement. Il en serait ainsi notamment si les assurés avaient compris dans le fret qualifié net une partie du fret brut, ou s'ils avaient surélevé les marchandises de tout le montant ou d'une partie du profit espéré. (3)

(1) Paris, 1^{er} Av. 1845, (D. P. 45, 2, 85).

(2) Hœchstet et Sacré, t. II, p. 702.

(3) Voir arrêt de Rouen, 23 Janv. 1884. (Rec. du H. 1884, 2, 77). — Desjardins op. cit., p. 52 et 53.

L'obligation pour l'assuré de déclarer les circonstances propres à permettre à l'assureur d'apprécier les risques, s'applique-t-elle exclusivement aux circonstances qui se sont déjà produites au moment de la conclusion du contrat? En d'autres termes, l'article 348 vise-t-il seulement les réticences et les fausses déclarations contemporaines de l'assurance, ou bien atteint-il également celles qui se rattacheraient à des faits postérieurs? La jurisprudence, dans un arrêt du 12 Juillet 1852, s'est prononcée pour l'interprétation la plus large de l'art. 348. Il s'agissait, dans l'espèce, d'un armateur qui avait contracté une première assurance sur corps, puis une seconde sur fret et bonne arrivée. Le navire étant venu à périr, le premier assureur se refusait à payer toute indemnité, sous prétexte que l'assuré ayant trouvé un intérêt à la perte du navire dans l'assurance sur bonne arrivée, avait commis une réticence en ne la lui déclarant pas. Plus récemment, la Cour de cassation a, dans une espèce qui présentait avec la précédente une analogie évidente, statué dans le même sens. (1)

La doctrine est unanime à combattre cette jurisprudence. (2) En vertu des principes généraux, dit M. Desjardins, on conçoit parfaitement que la réticence d'un fait antérieur, égarant la volonté de l'assureur, vicie le contrat dès son origine; on

(1) 12 Juill. 1852, (D. P. 52, 1, 278). — 4 Avr. 1887, (D. P. 87, 1, 241).

(2) Alauzet, Comm. du C. de C., t. III, n° 2109. — J.-V. Cauvet, t. I, n°s 221 et 222. — Droz, t. I, n° 262. — Desjardins, VII, p. 46 et suiv.

ne conçoit plus que la réticence d'un fait postérieur empêche le contrat d'avoir existé. Si on veut que l'assureur soit informé de tout ce qui est susceptible d'influer sur la gravité des risques, c'est afin qu'agissant en parfaite connaissance de cause, il puisse refuser de prendre à sa charge des éventualités trop périlleuses, ou s'il consent à les supporter, il puisse subordonner son acceptation à des conditions en rapport avec la responsabilité qu'il assume. Eh bien ! à ce point de vue, la connaissance exacte de l'étendue des risques, importante pour l'assureur au moment où il donne son consentement, ne présente pas le même intérêt après qu'ayant consenti, il est irrévocablement enchaîné.

Mais, dit la Cour de cassation, nous sommes ici dans une matière tout à fait spéciale, l'assurance ne ressemble pas aux autres contrats, c'est un contrat continu ! C'est là un pur sophisme. La continuité implique assurément la continuité de certaines obligations, mais non de toutes celles qui sont nées au moment de la formation du contrat. Est-ce que l'obligation qui consiste, par exemple, à acquitter le montant de la prime est continue quand le paiement doit en être effectué totalement en une seule fois ? Pourquoi donc celle que lui impose l'article 348 le serait-elle davantage ? Si lors du contrat, l'assuré est tenu de déclarer tout ce qui peut influer sur l'opinion du risque, il ne doit plus par la suite que transmettre fidèlement les avis reçus. (1)

(1) Voir arrêt de 1887. Note et conclusions de M. l'avocat général Desjardins.
— V^e Annales du Droit Commenc., année 1887, p. 161. Note.

Ce sont là d'ailleurs les principes suivis en Allemagne et en Angleterre. « La réticence, dit Arnould, n'annule le contrat que parce qu'elle induit l'autre partie à contracter. Il en résulte qu'il n'y a de nullité que si la réticence a lieu au moment du contrat. » (1) Et aux termes de l'art. 813 du Code allemand, l'assurance n'est ristournée que si l'inexactitude dans les déclarations a lieu lors de la conclusion du contrat.

Avant de passer à l'examen des effets de la réticence, il nous reste à dire quelques mots de l'assurance pour compte d'autrui et de la réassurance au point de vue spécial qui nous occupe en ce moment.

Lorsque l'assurance est faite par un mandataire ou commissionnaire, il faut, pour la validité du contrat, qu'il n'y ait réticence ni de la part de l'intermédiaire, ni de la part du commettant. Que l'omission ou l'inexactitude commise par le mandataire provienne de sa faute ou de celle du véritable assuré qui a négligé de lui donner les renseignements nécessaires, la chose importe peu : de toute façon, l'assurance pourra être annulée. Il en serait autrement si le fait qui n'a pas été révélé à l'assureur n'avait été connu ni du commissionnaire, ni du commettant, ou ne l'avait été par celui-ci qu'après avoir donné l'ordre, et trop tard pour qu'il lui ait été possible de le rectifier avant la signature de la police. (2)

(1) Arnould, p. 545.

(2) de Valroger, t. III, p. 469. — Paris, 14 Nov. 1871, (D. P. 72, 5, 33).

L'assureur qui contracte une réassurance est tenu vis-à-vis du réassureur, des mêmes obligations que l'assuré. Toutefois, lorsque le réassuré est dispensé par la police de toute communication, il lui suffit d'indiquer au réassureur les clauses générales du contrat primitif, par exemple pour une réassurance sur facultés, il n'aura simplement qu'à mentionner que la réassurance porte « sur les marchandises, » et à spécifier en outre le montant du risque et le montant de la prime. (1)

L'assureur doit-il, sous peine de réticence, avertir le réassureur qu'il n'est lui-même chargé du risque que par l'effet d'une réassurance ? La jurisprudence est indécise sur ce point. (2) Pour notre part, nous croyons devoir répondre affirmativement. C'est là, ce semble, un fait essentiel qui intéresse au premier chef le réassureur, les contrats de ce genre n'étant passés le plus souvent par l'assureur primitif que pour se décharger de risques qu'il juge trop graves après coup, sans pouvoir demander l'annulation de son engagement. « Toutefois, lorsque la réassurance est la conséquence d'accords préexistants entre deux compagnies dont l'une a promis d'accepter tous les risques pris par l'autre en sus d'une somme déterminée, formant le plein de la signature de cette

(1) Rouen, 22 Janv. 1886. (Rec. du H. 1886, 2, 158).

(2) Marseille, 21 Mai 1863. (Rec. de M. 1863, 1, 150). — Paris, 22 Juill. 1873. (J. Trib. Comm., t. 25, 151), pour l'affirmative. — Rouen, 12 Déc. 1865. (Rec. du H. 66, 2, 103). — Bordeaux, 8 Mars 1873. (Rec. de M. 1873, 2, 173), pour la négative.

dernière, la réticence du réassuré ne se présume pas. » (1)

C. — La réticence de l'assuré a pour effet, dit l'article 348, l'annulation de l'assurance. D'après M. de Valroger, qui pense être de l'avis de la majorité, il n'y aurait jamais là qu'une nullité relative. (2) N'en déplaise à l'éminent auteur, ce n'est point, selon nous, la solution que commandent les principes. Que l'assuré ne puisse demander la ristourne du contrat s'il y a eu dol de sa part, ou s'il n'y a eu, indépendamment de toute fraude, qu'erreur sur la substance, rien n'est plus exact. Mais lorsque l'erreur a porté sur l'identité de la chose assurée, le concours des volontés ayant fait défaut, il n'y a plus alors qu'un contrat inexistant, dont la nullité peut être invoquée par l'assuré tout aussi bien que par l'assureur. (3)

Une fois la ristourne prononcée, l'assurance disparaît rétroactivement avec tous ses effets ; par suite, l'assureur étant déchargé des risques, ne peut plus réclamer la prime, et s'il l'a touchée, il doit la restituer. Seulement, comme dans tous les cas, il subit une perte due à la faute de son co-contractant, il aura droit de lui réclamer des dommages-intérêts qui, le cas échéant, pourront être supérieurs à la prime stipulée. Il n'y a pas à rechercher si, d'une part, l'assuré n'a pas commis de fraude, et si, d'autre

(1) Desjardins, t. VII, p. 156, et Höehster, t. II, p. 705.

(2) de Valroger, t. III, p. 469.

(3) Desjardins, t. VII, p. 57. — Danjon, p. 302.

part, les risques n'ont pas commencé à courir, afin de n'attribuer alors que le règlement à forfait donné par le Code pour le cas de ristourne excessive, c'est-à-dire l'indemnité du demi $\frac{1}{2}\%$ de la somme assurée ; ce règlement étant exceptionnel ne peut être étendu d'un cas à un autre. (1)

S'il y a eu mauvaise foi de l'assuré, on ne saurait pas non plus appliquer par extension la peine de la double prime prononcée par l'article 368 : les peines, en effet, sont de droit étroit, et celle-ci ne vise que le cas où l'assuré a passé une assurance pour une chose qu'il savait perdue. (2)

Différentes lois étrangères renferment des dispositions formelles réglant le sort de la prime, mais ces dispositions sont quelque peu divergentes.

Le Code allemand (art. 215) reconnaît le droit de l'assureur à la prime entière, sans distinguer s'il y a eu ou non fraude de la part de l'assuré.

La loi belge du 11 Juin 1874 (art. 10 et 11) traite différemment l'assuré, suivant qu'il a été de bonne ou de mauvaise foi : dans ce dernier cas seulement, l'assureur conserve la prime. Le Code Italien (art. 429) adopte le même système.

Dans le droit anglais et dans le droit anglo-américain, le sort de la prime dépend de l'époque de l'annulation du contrat : si la nullité est prononcée

(1) Sic : Desjardins, VII, p. 58. — Danjon, p. 302. — Contra : Laurin, III, p. 210, n° 72. — de Valroger, III, p. 470. — Höchster et Sacré, II, p. 695.

(2) Desjardins loc. cit. — de Valroger loc. cit. — de Courey, Quest. I, p. 302. — Contra : Höchster et Sacré loc. cit.

après le commencement des risques, l'assureur conserve son droit à la prime ; si, au contraire, la ristourne a lieu avant la mise en risques, l'assureur ne touche qu'une indemnité, à moins toutefois qu'il n'établisse la fraude de l'assuré, auquel cas il pourrait réclamer la prime ou la conserver si elle lui a été acquittée. (1)

D'après la loi hollandaise, lorsque l'assuré a agi de bonne foi, la prime doit être restituée par l'assureur, mais seulement jusqu'à concurrence des risques qu'il a déjà courus. La prime est au contraire acquise en totalité à l'acquéreur, si l'assurance a été annulée par dol, fraude ou mauvaise foi de l'assuré.

La preuve qu'il y a eu de la part de l'assuré réticence ou fausse déclaration incombe à l'assureur, demandeur en nullité. Cette preuve, il pourra l'établir par tous les moyens, puisque la preuve littérale est impossible (art. 1348, C. civ.) « Quant à l'assuré qui prétendrait avoir fait une déclaration, il ne pourrait invoquer, à défaut de preuve écrite, que l'aveu ou le serment de l'assureur, toutes les fois du moins qu'il s'agirait réellement d'une preuve à faire outre le contenu de la police » (2) (1341, C. civ.) La preuve testimoniale n'est, en effet, admise en matière commerciale, qu'autant que la loi ne l'a pas prohibée en exigeant une preuve écrite, comme c'est

(1) Arnould, II, p. 1064, 1065.

(2) Desjardins, t. VII, p. 56 ; t. VI, p. 41 et suiv.

le cas pour l'assurance. S'il s'agissait, cependant, d'établir des faits, d'ailleurs susceptibles d'être prouvés par témoins, « soit pour interpréter les clauses obscures ou ambiguës d'un acte écrit, soit pour préciser l'étendue et la portée des énonciations plus ou moins vagues qu'il renferme » (1) à plus forte raison pour rectifier les erreurs matérielles qu'il contient, la preuve testimoniale serait admissible. C'est ainsi que la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 Mai 1888, (2) a déclaré parfaitement recevable l'offre de preuve testimoniale faite par un assuré pour démontrer qu'il n'avait pas commis de réticence. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une assurance terrestre sur bâtiment dont l'assureur avait demandé l'annulation, sous prétexte que la police ne mentionnait pas ce point important, à savoir que l'objet assuré avait, à plusieurs reprises déjà, failli être incendié volontairement. L'assuré avait voulu prouver par témoins que dans les pourparlers qui avaient précédé le contrat, il avait fait connaître au représentant attitré de l'assureur les tentatives d'incendie dont il avait été victime. La Cour de la Réunion n'avait pas cru pouvoir admettre cette prétention. (3)

(1) Demolombe, Oblig. t. VII, n° 89.

(2) 28 Mai 1888, (D. P. 88, I, 481).

(3) V^e C. de Cass. 19 Janv. 1870, (S. 71, I, 97). — La Chambre des Req. fait ressortir avec soin dans cet arrêt qu'il ne s'agit pas « d'établir une autre convention que celle qui est relatée dans le contrat d'assurance » et qu'il était impossible « de se procurer une preuve littérale de l'inexactitude échappée au rédacteur. »

En terminant, il nous reste à faire observer que l'article 348 ne s'occupe que de la réticence ou de la fausse déclaration provenant de l'assuré, ce qui d'ailleurs est l'hypothèse la plus fréquente. Si par hasard « l'assureur avait laissé ignorer à l'assuré des faits importants parvenus à sa connaissance, ou l'avait induit frauduleusement en erreur sur ces faits, il faudrait chercher le remède au mal dans les règles du droit commun relatives au dol et à l'erreur dans les contrats. » (1)

(1) Lyon-Caen et Renault, Précis, n° 2273. — V^r Desjardins, t. VII, p. 43.

CHAPITRE II.

NATURE DU CONTRAT D'ASSURANCE.

L'assurance est un contrat d'une nature toute particulière. Tandis qu'ordinairement on contracte pour acquérir, c'est pour conserver qu'on s'assure. Le but de l'assurance est de protéger ceux qui y ont recours contre les risques auxquels ils peuvent être exposés, et de les couvrir des pertes qu'ils subissent. C'est un contrat d'indemnité, et rien de plus ; en aucun cas, il ne saurait être pour l'assuré une source d'enrichissement.

De ce principe universellement reconnu, et qui domine toute la théorie des assurances, découlent d'importantes conséquences au nombre desquelles nous relevons les suivantes :

I. — Pour assurer une chose, il faut avoir un intérêt personnel et appréciable à sa conservation, autrement l'assuré agirait en vue d'une spéculation, il ferait une pure gageure et aurait partant intérêt, pour réaliser un bénéfice, à ce que la chose périclît.

Mais, un intérêt sérieux suffit ; il n'est pas nécessaire d'être propriétaire de l'objet pour le faire assurer : ainsi, un usufruitier, un locataire, un emprunteur, un dépositaire peuvent contracter une assurance valable.

Il en est de même des créanciers privilégiés, gagistes ou hypothécaires.

En résumé, dit M. Danjon, tous les intéressés peuvent faire assurer. Mais le propriétaire est le seul qui puisse toujours faire assurer la chose pour sa valeur entière. Les autres ne peuvent la faire assurer que jusqu'à concurrence de l'intérêt qu'ils ont à sa conservation, intérêt qui sera souvent inférieur à la valeur de la chose ; sans cela, en effet, l'assurance leur ferait réaliser un bénéfice en cas de sinistre. (1)

Les simples créanciers chirographaires sont-ils compris au nombre des intéressés qui peuvent contracter une assurance ? Pour le moment, nous nous contentons de poser la question ; elle trouvera plus loin son développement lorsque nous examinerons la portée de l'art. 334.

Comment établit-on l'intérêt que l'on a à la conservation d'une chose ? Pour le propriétaire du navire, la preuve de l'intérêt se confond avec celle de la propriété, laquelle résulte de l'acte de nationalité : pour le propriétaire des marchandises, cette preuve se tire d'un connaissance régulier en concordance avec la police ; pour les créanciers gagistes, elle résulte de la production de la charte-partie, de la lettre de grosse ou de l'acte de nantissement. A défaut de titres précis, les intéressés pourraient même recourir à la preuve testimoniale et au serment. (2)

(1) Danjon op. cit., p. 289 et 290.

(2) Hœchster et Saeré, t. II, p. 33.

A l'origine, on tolérait certaines assurances connues aujourd'hui sous le nom d'assurances par forme de gageure, par voie de gageure, et qui n'étaient autres que de simples paris sur l'arrivée ou la perte de navires à la conservation desquels on n'avait aucun intérêt. L'Ordonnance de 1681 les proscrivit formellement, et la prohibition a passé presque textuellement dans le Code de commerce. On a compris que ces spéculations détournaient le commerce de son vrai but ; que ces jeux si vains, si faciles, si attrayants, éloignaient les commerçants de consacrer leurs fonds et leurs soins aux expéditions réelles, qui seules peuvent assurer la prospérité de la nation. (1)

II. — On ne peut faire assurer une chose pour une somme supérieure à sa valeur.

Si l'évaluation est majorée, l'assurance n'est alimentée qu'en partie, la mise en risques n'est pas complète, et, par suite, le contrat peut être ristourné. Pour savoir dans quelle mesure la ristourne s'opérera, une distinction fondamentale doit être faite, suivant que l'assuré a agi de bonne ou de mauvaise foi.

A. — C'est en connaissance de cause, c'est-à-dire par dol ou par fraude, que l'on a fait assurer la chose pour une somme supérieure à sa valeur réelle.

Aux termes de l'art. 357 (C. de comm.), le contrat

(1) Cresp op. cit., t. III, p. 433.

est nul ; on a voulu punir ici la mauvaise foi de l'assuré. Cette mesure radicale, prise par la loi, sauvegarde au mieux les intérêts de l'assureur qui, sans cela, aurait été dans un état d'infériorité criante vis-à-vis de l'assuré, obligé qu'il est de s'en remettre le plus souvent à la parole de son co-contractant ; elle protège même l'assuré honnête qui trouve ainsi moins de méfiance chez l'assureur, et ne se voit pas exposé à un retard qui peut-être causerait sa ruine : pour l'assuré plus que pour tout autre, le temps c'est de l'argent.

De cette idée que la nullité de l'art. 357 a été édictée uniquement contre l'assuré, il résulte que le contrat n'est nul qu'à l'égard de celui-ci ; la loi le dit elle-même formellement. (1) Le maintien ou la déchéance du contrat dépend donc de l'assureur seul qui prendra une détermination dans un sens ou dans un autre suivant son intérêt. Si l'objet assuré est arrivé en bon état, comme il n'a aucune indemnité à payer et qu'il s'enrichit du montant de la prime, il se gardera bien d'invoquer la nullité. Si, au contraire, une perte ou une avarie est survenue au cours du voyage, comme il a tout à perdre à l'exécution du contrat, il ne manquera pas de se prévaloir du dol de l'assuré. Non seulement il évitera ainsi le paiement de l'indemnité, mais il recevra, par une sorte de dédommagement de la prime qu'il ne peut toucher un demi 0/0 de la somme

(1) Paris, 22 Février 1884, J. de Droit Maritime 1884, p. 92.

assurée. (1) M. Boistel n'est pas de cet avis. D'après lui, l'assureur ne saurait être admis à demander d'autre indemnité que l'avantage de ne pas payer un sinistre peut-être considérable. La nullité relative que semble édicter la loi n'est, à son sens, qu'apparente ; le législateur, dit-il, n'a pas pu se mettre aussi ouvertement en contradiction avec le principe posé par lui, qui, à défaut d'objet, prononce la nullité absolue du contrat ; la formule qu'il emploie manque d'exactitude, mais le résultat pratique est le même que s'il s'était exprimé autrement. (2)

Cette opinion nous paraît des plus contestables. Il n'est pas admissible, en effet, que la loi traite avec moins de rigueur que l'assuré de bonne foi, celui qui s'est rendu coupable de dol. Or, quand il y a exagération sans fraude, aux termes de l'art. 358, al. 3, le demi $\frac{1}{2}\%$ est dû malgré l'annulation de l'assurance, ne doit-il pas *a fortiori* en être de même en cas de fraude. (3) Du reste, le fait d'accorder un demi $\frac{1}{2}\%$ de la somme assurée ne saurait influencer sur le caractère de la nullité. Ce demi $\frac{1}{2}\%$ n'est, en aucune

(1) On a essayé de soutenir que, d'après l'art. 337, l'assurance exagérée n'étant nulle qu'au profit de l'assureur, et non contre lui, celui-ci ne pouvait pas perdre le droit au paiement de la prime. Cette opinion est erronée. L'art. 337, dit M. Danjon, signifie simplement que l'assureur seul peut se prévaloir de la nullité, mais, s'il l'invoque, il doit en subir lui-même les effets, et la nullité du contrat doit en faire cesser toutes les conséquences.

(2) Boistel, Cours de Droit comm., n° 1340.

(3) Danjon, op. cit., p. 285. — Cresp et Laurin, op. cit., t. III, p. 159. — Lyon-Caen et Renault, p. 312. — de Valroger, t. IV, p. 109, conclut à tort, selon nous, des termes de l'art. 337, « l'assurance est nulle à l'égard de l'assuré seulement, » que l'assureur a droit au montant intégral de la prime.

façon la représentation d'une partie de la prime que l'assureur perd par suite de la déchéance du contrat : il n'est qu'une compensation donnée à l'assureur pour lui tenir lieu du gain qu'il avait espérance de réaliser.

B. — C'est par erreur que la somme assurée excède la valeur réelle de l'objet mis en risques.

Dans ce cas, il y a seulement lieu à réduction de l'assurance, (1) et cela au profit des deux parties, c'est-à-dire que la réduction du contrat peut être demandée tant par l'assuré que par l'assureur. Il eût été injuste de permettre à ce dernier de se soustraire complètement au paiement de l'indemnité en demandant la ristourne totale de l'assurance, et de s'enrichir ainsi aux dépens de l'assuré de bonne foi.

L'assurance, en effet, est, nous l'avons vu, un pacte de bonne foi, comme toutes les conventions ; ce qu'il faut rechercher avant tout, c'est la volonté des parties ; or, qu'a voulu l'assuré dans l'hypothèse que nous examinons ? Se mettre à l'abri des risques de mer, et non point retirer de son opération un gain illicite ; et l'assureur, à quoi s'est-il engagé ? à prendre sur lui les chances de perte ou d'avaries que courait la fortune de l'assuré. L'accord des volontés est donc bien déterminé ; par suite, une fois que le contrat est ramené à ses limites légales, il ne doit plus être au pouvoir d'aucun des contractants de se soustraire à ses obligations, car, les conventions

(1) V^r Arrêt Cass. 12 Juin 1876, (S. 77, 1, 170).

légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. (Art. 1134, C. civ.) Il y a, du reste, un motif qui prouve d'une façon péremptoire que le sort du contrat ne pouvait dépendre du bon plaisir de l'assureur : n'eût-il pas été inique, en effet, que celui-ci pût, à son gré, contraindre l'assuré à payer plus qu'il ne doit en réalité, puisque la prime ayant été calculée sur une base erronée a subi proportionnellement la même exagération que la somme assurée ?

La solution que nous venons de donner est admise par tout le monde lorsque, par une clause spéciale du contrat, l'assureur s'est réservé le droit d'attaquer l'assurance au cas d'exagération. Mais faut-il trancher la question dans le même sens si l'assureur a accepté, sans restriction, l'évaluation donnée dans la police ?

D'après un certain nombre d'auteurs et d'arrêts, lorsque l'indication de la valeur est faite en des termes qui ne laissent aucun doute sur l'intention formelle d'en fixer le chiffre à forfait, comme serait le cas, par exemple, où la police renfermerait la clause « valeur agréée » ou la clause « vaille que vaille, » l'assureur ne peut pas demander la réduction de l'assurance, parce qu'alors l'évaluation étant déterminée par le concours simultané des volontés, il se l'est rendue propre : « il est lié par elle, autant et de la même manière que l'assuré lui-même. » (1)

(1) Arrêt de Rouen, 17 Août 1825, (J. du P., t. XXV, p. 313). — Aix, 21 Nov. 1860. (Rec. de M. 61, 1, 82). — Emérigon, ch. IX, sect. V. — Boulay-Paty, t. III, p. 397. — Lemonnier, I, n° 133.

Cette opinion, croyons-nous, est en contradiction évidente avec les principes fondamentaux du droit. Si, en effet, les parties contractantes sont liées par les conventions qu'elles ont librement acceptées, ce n'est qu'autant qu'elles ne sont pas mises en opposition avec les bonnes mœurs et l'ordre public. Or, dans l'hypothèse présente, en agréant telle quelle la valeur assurée, fût-elle exagérée, l'assureur a contrevenu au principe d'ordre public qui ne permet pas qu'un sinistre puisse procurer un bénéfice à l'assuré. Aussi, avec les meilleurs auteurs et la jurisprudence la plus imposante, sommes-nous d'avis que l'assureur est toujours recevable à faire la preuve de l'exagération de la valeur assurée et à en demander la réduction, alors même que, par une clause expresse de la police, « il aurait renoncé à demander une autre estimation que celle portée par la police. » (1) Nous faisons exception toutefois pour le cas où l'exagération ne serait que légère, car « il serait peu convenable qu'on s'arrêtât au moindre petit excès : un pareil scrupule ne servirait qu'à occasionner des procès, attendu l'incertitude de la valeur des choses. » (2)

Si on nous objecte que dans ces conditions, l'évaluation n'a plus sa raison d'être, il nous suffira pour

(1) Pothier, n° 132. — Droz, I, p. 392. — Desjardins, VI, p. 431 et suiv. — Danjon, p. 284 et 347. — Boistel, n° 1340. — Sic : Aix, 24 Mars 1860 (J. du P., t. XXIII, p. 302). Rouen, 2 Juin 1870, (D. P. 71, 2, 125) et sur pourvoi Req. 20 Fèv. 1872, (D. P. 72, 1, 250). Nantes, 5 Oct. 1883.

(2) Emerigon, ch. IX, sect. V, § 4, cité par Desjardins, VI, p. 433.

qu'on en voie aussitôt l'intérêt, de faire remarquer que la clause « valeur agréée, » ou autres clauses similaires, ont pour effet de mettre la preuve de l'exagération à la charge de l'assureur ; aussi longtemps que celui-ci n'a pas démontré la véritable valeur des objets mis en risques, la police évaluée forme titre pour l'assuré. (1)

Bien qu'en droit, l'assureur puisse recourir à tous les moyens que lui offre la loi (art. 1348, C. civ.), pour faire la preuve de l'exagération il ne parviendra, en fait, que très difficilement à l'établir. M. Desjardins cite l'exemple d'un assureur qui, pour obtenir la réduction, se basait « sur la différence entre le prix d'achat du navire et celui du montant, supérieur à ce prix, de la somme assurée. » Le tribunal de commerce du Havre, par jugement du 29 Novembre 1881, repoussa sa prétention, parce que « le prix d'achat du navire n'est pas nécessairement la preuve de sa valeur réelle ; que cette valeur peut varier au profit de l'armateur, soit par les conditions favorables d'une acquisition avantageuse, soit par la perspective des opérations auxquelles le navire est destiné ; que la différence entre les deux sommes n'est pas telle qu'elle ne puisse trouver une raison légitime dans ces diverses circonstances... (2) De même encore, l'assureur ne pourrait demander la réduction de la valeur agréée du navire, sous

(1) V^e arr. précité : Req. 20 Février 1872, (D. P. 72, 1, 250). Req. 12 Juin 1876, (D. P. 77, 1, 193).

(2) Rec. du H. 1882.

prétexte que l'assuré y a compris, « outre le prix d'achat, le coût des travaux de réparations exécutés peu après l'achat, en vue du voyage pour lequel l'assurance a été contractée. » (1)

Législation comparée. — En Angleterre et aux Etats-Unis, la clause valeur agréée fait loi entre les parties, à moins que l'assureur n'établisse qu'il y a eu fraude de la part de son co-contractant. Le principe que l'assurance est un simple contrat d'indemnité se trouve ainsi singulièrement affaibli. Il suffit pour la validité de la convention que l'assuré démontre qu'il a quelque intérêt assurable (*some interest*); il sera même dispensé de fournir cette preuve si la police contient une clause dans le genre de la suivante : « *without proof of interest, interest or no interest.* » « Le premier venu peut de la sorte se créer un intérêt de cent ou de deux cent mille francs à la perte d'un navire. » (2)

D'après le Code civil du Bas-Canada, « un contrat d'assurance, fait frauduleusement de la part de l'assuré pour une somme excédant la valeur de la chose, peut être annulé quant à l'assureur qui, dans ce cas, a droit à un demi pour cent sur le montant assuré » (art. 2514). « Dans le cas de l'article précédent, s'il n'y a pas de fraude, le contrat est valable jusqu'à concurrence de la valeur de la chose assurée. L'assureur n'a pas droit à la prime entière sur l'excès de

(1) Arrêt de Paris du 9 Av. 1883. (Rec. de M. 1884, 2, 151). — V^r Desjardins loc. cit.

(2) de Courcy, Exagération des valeurs assurées, p. 13.

valeur assurée, mais seulement à un demi pour cent » (art. 2515).

D'après les Codes du Chili, du Honduras, du Salvador et de Guatemala, l'assurance vaut seulement jusqu'à concurrence de la véritable valeur de l'objet assuré, alors même que l'assureur se serait engagé pour une somme qui la dépasse. (Art. 532, C. Chil., 530, C. H., 461, C. S., 421, C. G.) L'assureur ou l'assuré seront toujours admis à prouver que l'estimation a été exagérée par erreur ou par fraude. Si l'exagération provient d'une simple erreur, la somme assurée sera réduite à la valeur réelle des objets assurés, et la prime diminuée proportionnellement ; une indemnité sera allouée à l'assureur. Si, au contraire, l'assureur établit que la différence entre la véritable valeur des objets et la quantité assurée provient de la fraude de l'assuré, celui-ci n'aura droit à aucune indemnité en cas de sinistre, et il restera tenu néanmoins du paiement intégral de la prime, sans préjudice de l'action criminelle. (Art. 534, C. Chil., 532, C. H., 463, C. S., 432, C. G.)

Le nouveau Code espagnol s'exprime en ces termes : « La signature de la police crée une présomption légale d'après laquelle les assureurs admettent comme exacte l'évaluation faite en icelle des effets assurés, sauf les cas de fraude ou de dol. Si l'on établit que l'évaluation est exagérée, il est procédé, selon les cas, comme il suit : 1^o si l'exagération provient d'une erreur et non d'un dol imputable à l'assuré, l'assurance sera réduite à sa véritable

valeur, fixée par les parties de gré à gré ou judiciairement à dire d'experts. L'assureur remboursera l'excédant de la prime reçue en retenant néanmoins un demi 0/0 de cet excédant ; 2^o si l'exagération doit être attribuée à une fraude de l'assuré et que l'assureur ait prouvé la fraude, le contrat sera nul à l'égard de l'assuré, et l'assureur gagnera la prime, sans préjudice des poursuites criminelles. » (Art. 752).

En droit allemand comme en droit français, lorsque l'assurance dépasse la véritable valeur de l'objet assuré, il y a lieu à ristourne pour l'excédant. (Art. 790, § 2). S'il y avait eu fraude entraînant, d'après les principes généraux, la nullité du contrat, l'assurance serait entièrement nulle. (1) Lorsque la convention des parties évalue à une somme déterminée la valeur d'assurance, cette évaluation sert de règle entre les parties. Mais si l'assureur parvient à prouver qu'il y a exagération considérable, il pourra faire opérer une réduction de la somme assurée. (Art. 797).

Aux termes de la loi belge, lorsque la valeur assurée a été fixée de gré à gré, « l'évaluation fait loi sans qu'il soit besoin d'autre justification. » La pratique n'a heureusement pas adhéré à cette règle rigoureuse. Dans sa vingt-septième résolution, le

(1) Desjardins, VI, p. 459. — D'après M. de Valroger, au contraire, l'assureur resterait toujours obligé jusqu'à concurrence de la valeur de la chose ; la mauvaise foi de l'assuré autoriserait seulement l'assureur à garder la prime entière (op. cit. IV, p. 108).

Congrès international d'Anvers a décidé que « l'assurance étant un contrat d'indemnité, l'assureur doit pouvoir, nonobstant toute stipulation contraire, et même en l'absence de fraude, contester la valeur que le contrat d'assurance attribue à l'objet assuré au lieu et au moment du départ. »

D'après l'article 428 du Code italien « l'assurance pour une somme excédant la valeur des choses assurées n'a pas d'effet à l'égard de l'assuré s'il y a eu mauvaise foi ou fraude de sa part, et l'assureur de bonne foi a droit à la prime ; tandis que, s'il n'y a pas eu mauvaise foi ni fraude de l'assuré, l'assurance a effet jusqu'à concurrence de la valeur des choses assurées, l'assuré n'étant pas tenu de payer la prime sur l'excédant, mais devant seulement une indemnité égale à la moitié de cette prime et qui ne doit pas dépasser 1/2 pour cent de la somme assurée. » Mais « si l'assurance a été précédée d'une estimation acceptée par l'assureur, celui-ci ne peut plus la contester que pour fraude, simulation ou falsification, sans préjudice de toute autre action, même pénale. » (435, § 2).

Bien qu'en apparence, la règle posée par le Code italien sur ce dernier point semble se rapprocher notablement de celle admise chez nous, en réalité, elle ne se sépare guère de celle qui est suivie en Angleterre et aux États-Unis. Comme le fait remarquer très judicieusement M. de Courcy, « en quoi une estimation acceptée diffère-t-elle de la valeur agréée qui peut comprendre toutes les exagérations?...

Quatre-vingt-dix-neuf fois sur cent, l'opération préalable, soit d'une expertise par des tiers, soit d'une vérification sérieuse de l'assureur, est absolument, matériellement impossible. Sans parler du temps et des frais, les marchandises ne sont pas sous les yeux des contractants, elles sont à plusieurs centaines ou à plusieurs milliers de lieues, déjà emballées, sinon déjà chargées sur un navire qui vogue. L'expédient imaginé de l'expertise ou de l'estimation précédant le contrat est absolument frivole. » (1)

III. — On ne peut pas faire assurer plusieurs fois une même chose contre les mêmes risques, de sorte qu'au total les assurances réunies dépassent l'entière valeur de la chose assurée. Il y aurait là une opération connue sous le nom de cumul d'assurances, et défendue par les articles 334, 358 et 359 du Code de commerce, comme contraire au principe qui régit le contrat d'assurance. (2)

De cette proposition, il ressort que pour qu'il y ait cumul au sens légal du mot, il faut que les assurances portent sur le même objet, qu'elles soient relatives aux mêmes risques, qu'elles soient faites pour une valeur déjà couverte, et finalement qu'elles soient contractées par une même personne, ou par des personnes différentes ayant un intérêt commun. Si une de ces conditions fait défaut, les assurances

(1) L'Exagération des valeurs assurées, p. 22 et suiv.

(2) Desjardins, VII, p. 141 et suiv. — de Valroger, IV, p. 115 et suiv. — Droz, I, p. 404 et suiv. — de Courey, la loi du 12 Août 1885, p. 14 et suiv.

multiples sont valables, parce qu'alors chacune d'elles répond à un besoin particulier.

Reprenons ces quelques points pour les examiner en détail :

Et d'abord, disons-nous, il n'y a cumul qu'autant que les assurances s'appliquent au même objet. Cela est de toute évidence, car l'intérêt qui sert de mesure au contrat étant aussi varié qu'il y a d'objets mis en risques, l'intéressé peut, sans faire échec au principe d'indemnité, décomposer comme bon lui semble, la fortune qu'il expose, pour la faire garantir par des compagnies différentes ; c'est même là un acte de prévoyance lorsque cette fortune est considérable.

Si la règle est simple, l'application peut parfois en être délicate. Bien souvent, en effet, les apparences sont trompeuses : telles assurances qui semblent porter sur des objets distincts, n'ont en réalité qu'un seul et même objet, et tombent par suite sous le coup de la loi. C'est ainsi, par exemple, que nous verrons en étudiant les choses susceptibles d'être assurées, que l'assurance du fret brut comprenant les frais d'avitaillement, et l'assurance des marchandises majorées de leur plus-value le profit espéré, les frais d'avitaillement et le profit espéré ne peuvent servir d'aliment à un second contrat si, précédemment, on a déjà fait assurer le fret brut et les marchandises avec leur plus-value possible. Au contraire, telles assurances se rattachant au même objet, peuvent parfaitement être légales si elles portent sur une quotité différente.

Propriétaire, par exemple, d'un navire évalué 100.000 francs, je le fais assurer pour la moitié par une compagnie, et pour l'autre moitié je m'adresse à une autre compagnie. Si plus tard l'évaluation vient à être réduite à 50.000 francs, le second assureur ne sera point pour cela délié de son engagement, car son intention évidente, en acceptant le contrat dans les conditions posées, a été de prendre à sa charge la moitié des risques.

En deuxième lieu, il faut pour qu'il y ait cumul que les assurances subséquentes garantissent une valeur déjà couverte. Par suite, rien n'empêche de contracter une nouvelle assurance si l'on s'aperçoit que la première est insuffisante. Pour apprécier l'étendue du découvert au regard du second assureur, il faudra s'en rapporter uniquement à l'évaluation par lui acceptée. Cette évaluation le lie, fût-elle supérieure à celle consentie par l'assureur primitif, à la condition, bien entendu, que la valeur totale des assurances n'excède pas le montant des effets assurés. « Attendu, dit à ce sujet un arrêt de Cassation de 1839, que la loi abandonne aux parties le soin d'estimer la valeur des marchandises (332, C. com.).... que, s'il n'y a ni dol, ni fraude, le contrat est valable jusqu'à concurrence des effets chargés d'après l'estimation qui en est faite ou convenue ; — que chacun des assureurs, agissant dans un intérêt distinct et particulier, quoiqu'ils traitent en vue d'un seul et même chargement, peut donc adopter l'estimation fixée par le contrat et entièrement con-

ditionnelle ; — que l'estimation adoptée par le premier assureur ne détermine point la valeur des effets chargés à l'égard du second, lorsque celui-ci a consenti une estimation différente, et que la valeur de ces effets doit être appréciée, quant à ce dernier, selon les termes de son contrat.... (1)

Il n'y a pas à distinguer relativement à l'application de l'article 359, entre les assurances générales et les assurances spéciales. Supposons une assurance sur marchandises indéterminées pour une valeur de 200.000 francs, et le chargement effectué n'ayant qu'une valeur de 160.000 francs. Si, par la suite, je charge du bois pour 40.000 francs et que je souscrive pour ce bois une assurance spéciale, celle-ci devra être ristournée, parce que la première suffit à me couvrir. (2)

Une troisième condition du cumul, c'est que les assurances aient été faites en vue des mêmes risques. Seraient donc parfaitement licites des assurances qui, bien que portant sur le même objet, sur la même valeur, se référeraient à des risques différents. « Ainsi, lorsque les risques de guerre, la baraterie, le vice propre sont exceptés de la première assurance, l'assuré peut se faire garantir par un second assureur contre ces risques. » (3) Cette opinion

(1) Cass., 8 Mai 1839, (S. 39, 1^{er}, 338). — V^{er} Arrêt Cass. 30 Mars 1886, (D. P. 86, 1, 451).

(2) Cass., 2 Fév. 1857, (D. P. 57, 1, 67). — V^{er} Marseille, 12 Mai 1876, (J. M. 76, 1, 169).

(3) E. Cauvet, t. I, p. 443.

n'est cependant pas acceptée par l'unanimité des auteurs, et elle a été parfois repoussée par la jurisprudence. L'article 359, dit-on, déclare que le premier contrat subsistera seul « s'il assure l'entière valeur des effets chargés. » Il importe donc peu, une fois que toute la valeur de la chose a été assurée, que l'intéressé ait omis de se garantir contre l'éventualité de certains risques. La loi, ajoute-t-on, est peut-être rigoureuse, mais la règle posée par elle trouve sa justification dans les difficultés pratiques auxquelles donnerait lieu l'interprétation des polices qui ne se différencieraient que par les risques. (1)

Raisonner de la sorte c'est, selon nous, fausser la volonté du législateur qui, en édictant l'article 359, n'a eu qu'un but : empêcher qu'on arrivât à faire par des moyens détournés ce qu'il ne tolérât pas qu'on fît directement, le cumul d'assurances étant, au fond, une opération identique à l'exagération de l'assurance. (2) La jurisprudence la plus récente partage cette opinion. « Attendu, a dit la Cour suprême le 30 Mars 1886, que l'article 359 (C. com.) dispose que « s'il existe plusieurs contrats d'assurances faits sans fraude sur le même chargement, et que le premier contrat assure l'entière valeur des effets chargés, il subsistera seul ; » qu'il suit de là que

(1) Weil, Des Assur. Marit., n° 205. — Sic, Mars, 29 Déc. 1820 (Rec. de M., t. II, 1. 125).

(2) V^r Desjardins, VII, p. 144. — Droz, I., p. 425. — de Valroger, IV, p. 118. — E. Cauvet, I, n° 336. — Sic, Cass., 18 Fév. 1868, (D. P. 68, 1, 491). — Cass., 30 Mars 1886. (Revue internationale du Droit Marit., II, p. 5 ; Bull. Cass. civ., n° 65 ; D. P., 86, 1, 451).

la loi ne permet pas que l'assuré puisse recueillir simultanément le bénéfice d'assurances multiples couvrant du même risque, les mêmes objets..... »

Enfin, dernière condition, il n'y a cumul qu'autant que les assurances ont été passées par la même personne, ou par des personnes différentes ayant un intérêt commun. Toutefois, ici encore, nous trouvons des commentateurs qui, scrupuleux observateurs de la lettre de la loi, pensent que la règle de l'article 359 est absolue et doit être appliquée dès qu'il existe plusieurs assurances sur le même chargement, sans qu'on ait à s'occuper des parties qui ont fait assurer. (1) Nous préférons, avec la majorité des auteurs, dire que quiconque a un intérêt appréciable à la conservation d'une chose peut la faire assurer, cette chose eût-elle déjà été l'objet d'un précédent contrat. (2) Ainsi, par exemple, un chargeur peut s'assurer contre la perte de son chargement, et l'armateur contre les risques de dommages-intérêts que cette perte peut lui faire encourir. Ainsi encore, le propriétaire d'un objet exposé aux risques de la navigation et son créancier sont en droit l'un et l'autre de faire assurer cet objet. La seule règle à observer est qu'en aucun cas l'assurance ne dégénère en gageure et ne devienne l'occasion d'un enrichissement.

Dans le cas de double assurance constatée, il y a

(1) V^r Bédarride, t. IV, n° 1343.

(2) Desjardins, VII, p. 143. — de Valroger, IV, p. 120. — Droz, loc. cit. — E. Cauvet, loc. cit.

lieu, suivant la distinction que nous avons faite précédemment, soit à ristourne totale, soit à ristourne partielle :

Si l'assuré est de mauvaise foi, toutes les assurances sans exception, même la première en date, sont annulées à la demande des assureurs qui auront droit alors à un demi $\frac{1}{2}$ de la somme assurée.

Si l'assuré est de bonne foi, la ristourne existe au profit tant de l'assuré que des assureurs. Le point délicat est de savoir de quelle façon s'effectue la réduction. Tout dépend de l'époque à laquelle les diverses assurances ont été contractées : si elles portent la même date, ou si on ne peut leur fixer de date respective, elles sont réduites au marc le franc : dans le cas, au contraire, où les dates sont différentes, on opère la réduction en commençant par les assurances les plus récentes. Les signataires des contrats ristournés reçoivent en compensation un demi pour $\frac{1}{2}$ pour toute la partie annulée (359). (1)

IV. — L'assurance est annulée si le voyage est rompu avant le départ du navire, fût-ce par le fait de l'assuré (349).

C'est encore là une conséquence du principe que l'assurance est un contrat d'indemnité. Par suite de la rupture du voyage, les objets ne seront pas soumis aux risques de mer, aucun événement maritime ne pourra causer leur perte ou les endommager ; on ne conçoit donc pas qu'il puisse être question

(1) Cass., 30 Mars 1886, (S. 89. I. 443).

d'indemnité, puisque l'assuré n'éprouve aucun préjudice.

V. — L'assurance tomberait également si, lors de la passation du contrat, la chose assurée n'existait plus ou bien était déjà arrivée à bon port.

Dans l'un et l'autre cas, les risques ayant pris fin, l'assuré se trouve désormais à l'abri de toute perte ; si donc le contrat persistait, il serait pour lui une source de profit.

Toutefois, comme par suite de l'éloignement du lieu de destination ou du lieu du sinistre, il est souvent impossible aux parties de savoir si les risques ont cessé ou non, le législateur a jugé qu'il ne pouvait pas tenir indistinctement le contrat pour nul, et il a assimilé le risque putatif au risque réel ; il a considéré que si le fait en lui-même n'est plus incertain, il l'est encore pour les parties qui l'ignorent. La présomption que pose la loi (art. 365) est donc une présomption de bonne foi qui tombera devant la preuve contraire. Mais comme cette preuve eût été difficile à administrer, pour couper court aux incertitudes, le législateur a établi dans l'art. 366 une présomption *juris et de jure* en vertu de laquelle l'une ou l'autre des parties sera considérée comme étant de mauvaise foi si, en comptant trois quarts de myriamètre (une lieue et demie) par heure de l'endroit ou de l'arrivée, ou de la perte, ou du lieu où la première nouvelle est parvenue, elle a pu être portée dans le lieu où le contrat a été passé, avant sa signature. Ce délai, qui lors de la promulgation du

Code de commerce n'était pas excessif, devrait être modifié aujourd'hui, car, par suite des progrès que la navigation à vapeur, les chemins de fer, le télégraphe électrique ont fait faire aux communications, il n'est plus en harmonie avec la réalité des choses. (1) Au reste, les parties peuvent, par une clause expresse connue sous le nom de clause sur bonnes ou mauvaises nouvelles (art. 367), et devenue même de style dans toutes les polices, renoncer à la présomption de l'art. 366. Ce n'est pas à dire que dans ce cas l'assurance sera valable quoiqu'il arrive, sans tenir même compte de la mauvaise foi des contractants ; cette clause signifie tout simplement que l'on entend revenir au droit commun pour l'administration de la preuve. Seulement, comme il serait souvent impossible d'établir que lors de la signature de la police, l'assuré connaissait effectivement la perte, ou l'assureur l'heureuse arrivée, il est d'usage de regarder la preuve de la notoriété comme équivalant à celle de la connaissance personnelle. Cette preuve, une fois faite, a pour conséquence, comme cela a lieu d'ailleurs pour la présomption de l'art. 366, la nullité du contrat ; de plus, la partie qui s'est rendue coupable de la fraude est passible d'une double sanction : sanction civile, qui consiste, pour l'assuré, à payer à l'assureur une double prime, pour l'assureur à compter à l'assuré une somme double

(1) Cresp *op. cit.*, t. III, p. 174. — de Courey, *D'une Réforme internationale du Droit Maritime*, p. 135 et suiv.

de la prime reçue (art. 368) ; sanction pénale, qui existe ici pour sauvegarder l'intérêt public gravement compromis par ce genre de fraude.

Tous les commentateurs anciens s'accordaient sur la nécessité de la pénalité criminelle, et, bien que l'Ordonnance ne prononçât que la peine de la double prime, ils étaient unanimes à reconnaître que celui qui s'était rendu coupable d'une pareille fraude pouvait être poursuivi criminellement. Le Code de commerce, dans son art. 368, leur a donné raison : « celle d'entre les parties contre qui la preuve est faite est poursuivie correctionnellement. »

Mais sous quel chef doit avoir lieu la poursuite, et quelle pénalité faut-il appliquer ? La jurisprudence et la majorité des auteurs (1) considèrent le fait comme une escroquerie, et veulent qu'il soit puni comme tel. M. Lyon-Caen résiste cependant à cette interprétation, sous prétexte que les peines étant de droit étroit, il est impossible de les étendre d'un cas bien caractérisé par la loi, auquel elle s'applique, à un autre cas qui ne présente pas identiquement les mêmes caractères. Le renvoi fait en termes vagues par le Code de commerce n'est pas suffisant. Si le Code pénal, ajoute-t-il, n'envisageait dans l'escroquerie, comme le faisait la loi de 1791, que le résultat obtenu, qui est l'exploitation de la crédulité d'un tiers, il ne

(1) C. de C., 40 Juillet 1857, (D. P. 57, 1, 380). — Cresp, p. 177, et Laurin, note sur Cresp, id. — Desjardins, t. VII, p. 401 et 402. — Danjon, p. 545.

pourrait y avoir de doute possible. Mais aujourd'hui la loi exige en plus, pour qu'il y ait escroquerie, que des manœuvres frauduleuses aient été employées ; or, dans le cas qui nous occupe, il n'y a eu que simple réticence. (1)

Nous préférons la première opinion. Outre, en effet, que la loi ne caractérise nulle part les manœuvres frauduleuses, et ne nous dit pas qu'elles doivent consister en quelque chose d'actif, d'apparent, de saisissable, nous ne devons pas oublier qu'en la matière la réticence est assimilée à la fausse déclaration (art. 348). En admettant donc, ce qui est contestable, qu'il faille ordinairement pour qu'il y ait escroquerie un agissement effectif, il faut voir ici une exception à la règle générale, qui permet d'autant moins d'exclure la pénalité que l'art. 368 édicte formellement les poursuites.

Remarquons avec M. Laurin que l'art. 368 et par conséquent l'art. 405 cesseraient de recevoir leur application s'il n'y avait pas eu perte caractérisée ; l'enchaînement de la première de ces dispositions avec les précédentes le prouve, car l'idée qui leur est commune, c'est l'extinction du risque ; or, lorsqu'il n'y a que perte partielle, le risque ne disparaît pas complètement. Ce n'est pas à dire que la fraude des contractants restera impunie ; seulement elle ne sera plus passible que de la pénalité civile. (2)

(1) Lyon-Caen, p. 316, note 2.

(2) Laurin, Précis de Droit Maritime, p. 298, (note), et Notes sur Cresp, t. III, p. 178.

Après avoir examiné la nature du contrat d'assurance et les conséquences principales qui en découlent, nous allons rechercher à quel moment on doit se placer pour calculer l'indemnité.

Il y a deux interprétations bien distinctes à donner à cette formule : le contrat d'assurance est un contrat d'indemnité, car il y a deux sortes d'indemnités ; l'une, qui rétablit l'assuré dans la situation qu'il avait avant la mise en risques ; l'autre, qui le place dans une situation analogue à celle qu'il aurait eue si l'expédition s'était heureusement accomplie.

De ces deux indemnités, la seconde seule est complète. Elle est conforme à la règle donnée par le Code civil, au titre des contrats ou des obligations conventionnelles en général, règle en vertu de laquelle l'indemnité doit comprendre non seulement le *damnum emergens*, mais aussi le *lucrum cessans* (art. 1149).

L'idée que l'assurance pût ainsi procurer un complet désintéressement ne fut cependant pas admise par les rédacteurs du Code de commerce. Après avoir posé dans l'art. 334 une règle générale qui eût permis l'interprétation la plus large, ils l'ont aussitôt restreinte dans l'art. 347, et ont ainsi ramené le principe d'indemnité en matière d'assurances aux simples proportions d'un dédommagement comportant uniquement les déboursés de l'assuré. En effet, aux termes de l'art. 347, ancien, le contrat d'assurance est nul s'il a pour objet :

Le fret des marchandises existant à bord du navire ;
Le profit espéré des marchandises ;
Les loyers des gens de mer ;
Les sommes empruntées à la grosse ;
Les profits maritimes des sommes prêtées à la grosse.

Disons de suite qu'en ce qui concerne les sommes empruntées à la grosse, la prohibition était inutile. Les principes généraux qui régissent la matière suffisaient pour défendre ce genre d'assurance : l'emprunteur à la grosse n'ayant rien à rembourser en cas de perte du gage, ne court aucun risque ; si donc il faisait assurer le capital prêté, il retirerait de l'opération un gain qu'il n'aurait pas réalisé sans le sinistre.

L'emprunteur à la grosse pourrait-il, moyennant une prime convenue, charger un tiers d'acquitter en principal et intérêts la somme qu'il sera obligé de payer si le chargement arrive à bon port ? Le Code de commerce ne tranche pas cette question. (1) Pardessus la résout négativement. Donner cette faculté à l'emprunteur, serait violer la règle qui s'oppose à ce que l'assurance soit un moyen de profit pour l'assuré ; on pourrait voir dans une pareille convention, une gageure, une assurance de choses dont l'assuré ne court pas les risques, la nature du contrat à la grosse les mettant au compte du prêteur. (2)

(1) MM. Lyon-Caen et Renault *op. cit.*, t. II, p. 323, note 6.

(2) Pardessus, t. II, p. 27, n° 768.

M. Desjardins se demande, cependant, si, aujourd'hui que le prêteur à la grosse peut, conformément aux lois combinées du 12 Août 1885 et du 12 Janvier 1886, recevoir sans courir de risques spéciaux, un intérêt supérieur à 6 %_o, il ne faudrait pas autoriser l'emprunteur à se prémunir contre les éventualités qui l'amèneront à payer cet intérêt ? Ici, en effet, l'assurance n'aurait pas pour but de procurer un gain à l'emprunteur, mais de le garantir simplement contre l'amointrissement possible de son capital. Avec quelque hésitation, l'éminent auteur s'en tient à l'opinion de M. Pardessus, parce que, dit-il, les caractères fondamentaux de l'assurance n'ont pas été changés, même par la loi de 1885 : or, il est trop peu conforme à l'esprit de notre Code de commerce d'admettre l'emprunteur à se faire assurer non contre un risque maritime, mais contre le défaut de risques. (1)

La base donnée par le Code au calcul de l'indemnité n'était pas nouvelle. Les rédacteurs de 1804, poussés par les mêmes craintes que ceux de l'Ordonnance de 1681, n'avaient fait que reproduire le principe admis par ces derniers dans les art. 15, 16, 17. (Liv. III, tit. VI) :

Art. 15. — Les propriétaires des navires, ni les maîtres ne pourront faire assurer le fret à faire de leurs bastimens ; les marchands, le profit espéré de leurs marchandises ; ni les gens de mer leurs loyers.

(1) Desjardins op. cit., t. VI, p. 247.

Art. 16. — Faisons défense à ceux qui prendront deniers à la grosse de les faire assurer, à peine de nullité de l'assurance et de punition corporelle.

Art. 17. — Défendons, sous pareille peine de nullité, aux donneurs à la grosse de faire assurer le profit des sommes qu'ils auront données.

Les raisons alléguées par nos anciens auteurs pour justifier ces prohibitions étaient les suivantes :

L'assurance, disaient-ils, est un simple contrat d'indemnité ; en aucun cas, elle ne doit être pour l'assuré une source d'enrichissement ; or, le fret à faire, le profit espéré des marchandises, les loyers des gens de mer, l'intérêt des sommes prêtées à la grosse sont des gains que les intéressés manquent de réaliser si le vaisseau et les marchandises périssent, plutôt qu'une perte qu'ils courent risque de faire ; par conséquent ils ne peuvent être garantis par une assurance. (1)

Un second motif que l'on invoquait, c'est que le fret, le profit des marchandises, les loyers des marins et la prime de grosse sont des choses incertaines, puisqu'elles sont le prix de la navigation heureuse ; or, prétendait-on, l'assurance ne peut avoir pour objet que des choses actuellement existantes.

Une troisième et dernière raison était tirée de l'ordre public. Autoriser l'assurance du fret, du profit espéré des marchandises, des loyers des gens

(1) Pothier, Traité du Contrat d'assurance, nos 36 et 39.

de mer, du profit maritime, c'est rendre moins soigneux ceux qui prennent part aux expéditions maritimes, en les désintéressant de la conservation du navire.

Ces raisons qui, à première vue, peuvent paraître concluantes, tombent bien vite devant un examen quelque peu sérieux. La première était basée sur une fausse interprétation du principe que l'assurance ne doit pas être pour l'assuré un moyen d'acquérir. Pourquoi, en effet, entendre par là que la situation de l'assuré doit être après la réalisation du risque telle qu'elle était avant l'expédition, et lui refuser le droit de toucher le fret, le profit des marchandises, les loyers, la prime de grosse ? Ce sont des gains, dit-on ! mais des gains sur lesquels on pouvait légitimement compter et dont on est privé fortuitement, ne deviennent-ils pas eux-mêmes des pertes, et ne doivent-ils pas être par suite compris dans la même indemnité que les pertes proprement dites ? (1)

Le deuxième motif, tiré de l'impossibilité d'assurer des objets qui ne seraient pas actuellement existants, n'est nullement juridique. Le fret, le profit, les loyers, la prime de grosse ne sont pas des valeurs imaginaires ; que manquent-ils aux intéressés pour les gagner ? Une heureuse arrivée ; or, c'est là précisément le risque sans lequel il n'y a pas d'assurance possible.

La dernière raison n'est pas plus difficile à réfuter

(1) Danjon op. cit., p. 305.

que les deux précédentes. S'il est vrai, en effet, qu'en laissant un découvert en cas de sinistre à ceux qui prennent part à une expédition, c'est les intéresser davantage à l'heureuse issue du voyage, il n'en est pas moins vrai qu'en partant de cette idée, il faut proscrire toute assurance, car « toute assurance endort la vigilance de l'assuré en lui faisant moins redouter un sinistre. » (1)

Malgré la fausseté évidente des arguments sur lesquels les anciens auteurs appuyaient les prohibitions de l'Ordonnance, les rédacteurs du Code de commerce les ont reproduits. Dans l'exposé des motifs du conseiller d'Etat Corvetto, nous lisons ce qui suit : « Le loyer du matelot dépend de l'arrivée du navire, il n'est par conséquent qu'espéré ; il n'existe pas, il n'a pas existé, il ne constitue pas un véritable risque au moment du contrat. Nulle différence entre le fret à faire par le navire et le loyer à gagner par le matelot, et si l'Ordonnance prescrivait elle-même que le fret à faire ne pourrait fournir le sujet d'une assurance, comment se refuser à la déduction exacte d'un principe reconnu, quand il s'agit de l'appliquer à bien plus forte raison aux loyers des gens dont l'intérêt ne saurait être trop lié à la conservation du navire ? »

En présence des exigences de la loi, les personnes qui prenaient part aux expéditions maritimes recouraient à divers expédients pour garantir leur

(1) Danjon, p. 305. — Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2073.

fortune entière contre les risques de la navigation. Les unes allaient demander aux compagnies d'assurances étrangères la protection qu'elles ne pouvaient pas trouver chez nous, et ainsi elles enrichissaient à nos dépens les nations plus libérales. Les autres, d'un commun accord avec les assureurs, majoraient l'assurance du navire, des marchandises ou du capital prêté, et les assureurs prenaient l'engagement d'honneur de ne pas invoquer la nullité du contrat. Mais ces polices d'honneur avaient bien des inconvénients : ainsi, en cas de faillite de l'assureur, l'assuré perdait tous ses droits, car les syndics étaient obligés d'invoquer la nullité légale au nom des intérêts de la masse. De plus, comme la loi ne les sanctionnait pas, chaque fois que des assureurs oubliaient la parole donnée, les tribunaux n'avaient aucun moyen de contrainte pour la leur faire respecter, et ils ne pouvaient que les renvoyer devant leur conscience. Voici, à ce sujet, une décision du tribunal de Marseille de 1835 :

« *Sur la validité légale du contrat.* » — « Attendu que l'assurance dont il s'agit porte sur le fret des marchandises existant à bord du navire ; qu'aux termes de l'article 347 du Code de commerce, une pareille assurance est nulle ;

« Attendu que cette nullité serait vainement prononcée par la loi, s'il était permis d'y déroger par une convention particulière ;

« Attendu que si les sieurs A. ont considéré le pacte d'honneur sous la foi duquel le contrat a été

formé comme un bien suffisant pour leur en garantir l'exécution loyale de la part des assureurs, ils ont à s'imputer le résultat de leur confiance déçue et trop légèrement accordée ;

« Que le tribunal, en présence d'un texte de loi formel, ne peut que renvoyer les assureurs devant leur conscience, mais que ses pouvoirs pour prononcer une condamnation tombent devant l'article 347. » (1)

Les décisions de ce genre étaient nombreuses ; elles étaient la condamnation tacite du système adopté par le Code. Aussi, chaque jour, la nécessité se faisait-elle de plus en plus sentir de mettre la loi en harmonie avec la pratique. La réforme si longtemps attendue fut enfin réalisée par la loi du 12 Août 1885 qui posa le principe nouveau en matière d'indemnité, principe en vertu duquel l'assuré peut, par le contrat d'assurance, recouvrer la situation qu'il aurait eue si les objets étaient arrivés à heureuse destination.

Sur un point cependant, la loi de 1885 a maintenu la règle ancienne. Aujourd'hui encore, lorsque la somme assurée n'est pas directement et expressément fixée à un chiffre de..., (la police, par exemple, porte simplement que le navire ou la cargaison sont assurés pour toute leur valeur, ou pour moitié de leur valeur), c'est la valeur des choses assurées au moment de la mise en risques qui est

(1) Décision du tribunal de Marseille du 27 Novembre 1835, rapportée par de Courcy, Questions de Droit maritime, 3^e série, p. 103.

prise pour telle. L'estimation des marchandises non évaluées, dit en effet l'art. 339, est faite suivant le prix courant au temps et au lieu du chargement. Au premier abord, on pourrait être surpris que le législateur moderne n'ait pas posé une règle uniforme, car, que la somme assurée soit ou non déterminée, la valeur que perd l'assuré est toujours la même, c'est celle qu'ont les marchandises à l'époque du sinistre et au lieu de destination ; par conséquent, c'est elle seule qui devrait être prise en considération. Mais si la raison réclame que les deux cas soient traités de la même façon, la pratique s'y oppose ; toutes les législations l'ont compris, si bien que, celles-là mêmes qui posent le principe contraire pour toutes les assurances, (1) proclament, en la matière, que la valeur d'assurance est la valeur des choses assurées au temps et au lieu de la mise en risques. « En matière maritime, en effet, le lieu du sinistre et le lieu de destination peuvent être fort éloignés du lieu de règlement, et sans communications faciles ; par suite, s'il fallait estimer les choses assurées, après qu'elles ont péri, d'après leur valeur, à l'époque du sinistre et au lieu de destination, cette estimation serait très conjecturale, tandis que la valeur au moment et au lieu de la mise en risques est très facile à connaître, d'autant plus qu'elle est indiquée souvent dans la police. D'un autre côté, pour des marchandises transportées par

(1) Voir notamment la loi belge de 1879 (art. 187).

mer, les augmentations de valeur et le prix de transport peuvent être beaucoup plus considérables que pour toute autre espèce de biens assurés, par suite, le fret et le profit espéré de ces marchandises méritent de faire l'objet d'assurances spéciales, au lieu d'être englobés dans l'assurance du navire et dans celle des marchandises. » (1)

Somme toute, la règle posée par l'art. 339 n'a été maintenue que pour faciliter le règlement d'assurance. Dès lors, si avant 1885 la convention des parties ne pouvait y déroger parce qu'elle était une conséquence logique du principe posé par le législateur en matière d'indemnité, rien ne s'oppose aujourd'hui à ce que la volonté des contractants l'écarte pour soumettre le calcul de l'indemnité au principe nouveau, principe qui, nous le répétons, devrait seul être admis sans les exigences de la pratique, parce que seul il satisfait l'équité.

Il est même des cas où, bien que la police soit muette sur ce point, l'indemnité devrait néanmoins être calculée d'après la valeur que les choses assurées auraient eue si elles étaient arrivées à heureuse destination. Il en serait ainsi, par exemple, dans l'hypothèse d'une assurance illimitée. Sous l'ancienne législation, cette espèce d'assurance, destinée à couvrir tout le préjudice que subira l'assuré, ne pouvait avoir cette portée, parce qu'elle aurait fait échec à la règle qui voulait que l'assuré fût remis

(1) Danjon, p. 380 et 381.

dans la situation qu'il avait avant la mise en risques. Mais actuellement que l'assurance du profit espéré est permise, cette assurance doit être comprise de plein droit dans une assurance illimitée.

De même, encore, le principe légal devrait être écarté si, depuis le départ, les objets assurés avaient subi une détérioration notable. Qu'autrefois l'assureur ne fût pas admis à se prévaloir du dépérissement naturel, rien de plus logique, car ne répondant ni du fret ni du profit espéré, il eût été injuste de lui permettre de tirer bénéfice d'une situation qui était, après tout, bien plus désavantageuse pour l'assuré que pour lui. Mais aujourd'hui il n'en est plus de même. La loi donnant à l'assuré le moyen de réaliser sûrement le fret et le bénéfice espéré, l'intérêt dont il était digne a disparu : s'il ne trouve pas une compensation à la perte que lui fait subir la détérioration des objets assurés, la faute en incombe à lui seul. Il semble donc équitable d'autoriser les assureurs à payer l'indemnité d'après la valeur des choses assurées au moment du sinistre et au lieu de destination, si cette valeur est notablement inférieure à celle que les choses assurées avaient à l'époque et au lieu de la mise en risques. (1)

Il va sans dire que si l'assureur demande que l'indemnité soit établie d'après la valeur des objets assurés lors du sinistre et au lieu de destination, il faudra réduire le montant de la prime. Cette

(1) Danjon, p. 382.

prime, en effet, elle a été calculée sur la valeur des objets avant la mise en risques, par l'assureur lui-même; comme celui-ci rejette la base adoptée pour le calcul de l'indemnité, il est de toute justice d'exonérer l'assuré, en faisant subir à la prime une diminution proportionnelle à celle des objets assurés; sans cela, l'assureur retirerait du contrat un bénéfice que ne lui aurait certainement pas consenti l'assuré s'il avait pu prévoir le résultat de l'opération.

CHAPITRE . III.

OBJETS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE ASSURÉS.

Le nouvel article 334 porte que « toute personne intéressée peut faire assurer le navire et ses accessoires, les frais d'armement, les victuailles, les loyers des gens de mer, le fret net, les sommes prêtées à la grosse et le profit maritime, les marchandises chargées à bord et le profit espéré de ces marchandises, le coût de l'assurance et généralement toutes choses estimables à prix d'argent sujettes aux risques de la navigation. »

Cette énumération n'est pas limitative ; la preuve en est dans la formule générale qui termine l'art. 334. L'unique condition indispensable pour que l'assurance soit possible, c'est que l'objet qu'on veut assurer soit « estimable à prix d'argent et sujet aux risques de mer. » Il faut bien, dit M. de Courcy, qu'il en soit ainsi, puisque l'assurance ne garantit qu'une indemnité en argent, mais il n'est pas nécessaire que la chose assurée soit une chose corporelle, existant matériellement à bord et pouvant être matériellement détruite. (1) L'art. 334 n'a d'autres limites, d'une part, que l'art. 347, et d'autre part, que l'ordre public et les bonnes mœurs.

(1) de Courcy, Quest. de Droit maritime.

La jurisprudence est cependant en sens contraire. C'est ainsi que le 3 Juin 1876 (1) la Cour de Cassation faisant prévaloir la lettre étroite du texte, réforma un arrêt de la Cour de Rouen qui, avec raison, suivant nous, avait déclaré légale l'assurance d'une simple créance. Il s'agissait, dans l'espèce, d'un remorqueur acheté par une société anonyme de remorquage avec des fonds avancés. Les prêteurs, comme garantie, avaient obligé les emprunteurs à faire assurer à leurs frais non le navire, mais leur créance. Rien de plus légitime, ce semble, que cette opération. La Cour de Cassation en a décidé autrement, en donnant gain de cause aux assureurs qui refusaient de payer, parce que, d'après elle, il ressort des termes de l'art. 334 que les choses ou valeurs sujettes aux risques de la navigation peuvent seules être l'objet d'un contrat d'assurance maritime, et que, dans l'espèce, la créance étant chirographaire, n'était pas exposée à de semblables risques, puisque l'existence d'une créance de cette nature est indépendante de tel ou tel bien du débiteur, garantie qu'elle est par tous les biens présents et à venir de ce dernier. (Art. 2092, C. civ.)

S'il y en a, dit M. de Courcy, qui ont dû être bien étonnés de pareils considérants, ce sont les prêteurs. Comment l'existence de la créance chirographaire n'est pas liée à celle du navire ! Mais si, et c'était le cas, le navire constitue l'unique fortune des emprun-

(1) Cass., 3 Juin 1876, (S. 1876, 4, 103). — 15 Janv. 1884, (S. 86, 4, 338).

teurs, de telle sorte que, s'il vient à périr, il ne leur reste plus aucun bien pour couvrir les prêteurs, la créance ne repose-t-elle pas entièrement sur le sort du navire ; ne subit-elle pas les mêmes risques que lui ? Qu'importe, que la créance existe encore en droit, si en fait elle est devenue irrécouvrable.

Il faut donc, croyons-nous, permettre l'assurance d'une simple créance chirographaire ; l'art. 334 ne s'y oppose pas, car nous rencontrons ici la double condition qu'il exige, à savoir une valeur estimable à prix d'argent, la créance, et un risque de navigation qui en détruit le gage. (1)

Nous objectera-t-on que l'assurance donne lieu à un transfert de biens dans le délaissement, et que le créancier n'a aucune qualité pour le faire ? Nous répondrons que la faculté de délaissement n'est nullement indispensable à la validité de l'assurance maritime, témoin l'assurance de la prime et de la prime des primes prévue par le Code, et qui, cependant, ne donne lieu à aucun délaissement.

Abordons maintenant l'étude des objets susceptibles d'être assurés. Pour plus de clarté, nous diviserons nos explications en autant de sections qu'il y a de personnes auxquelles ces objets appartiennent ; mais auparavant, il est bon de fixer le sens de certaines expressions employées par l'art. 334.

Par navire et accessoires, la loi nouvelle désigne

(1) de Courey, *Les Choses qui peuvent être assurées*. — Danjon, p. 289 et 290. — Droz, t. I, p. 186 et suiv. — Lyon-Caen et Renault, n° 2092. — Contra : Cauvet, t. I, p. 243.

tout ce qui sert à la navigation. C'est ce que le Code appelait auparavant les agrès et apparaux, c'est-à-dire, la mâture pour les navires à voiles, la machine pour les bateaux à vapeur.

Les frais d'armement comprennent les avances faites à l'équipage, les salaires dûs en cas de prise, naufrage ou déclaration d'innavigabilité, conformément à l'art. 258 nouveau, les provisions de guerre et de bouche, les frais d'expédition et de consulat, généralement toutes les mises dehors.

Le Code aurait pu se dispenser de parler des victuailles, puisqu'elles sont comprises dans les frais d'armement.

SECTION I.

Assurances en faveur des propriétaires de navires.

Le propriétaire d'un navire peut faire assurer :

Le navire et ses accessoires ;

Les frais d'armement ;

Les victuailles ;

Le fret espéré de leur navire, ou le prix de transport des passagers.

§ I. — *Assurance du navire.*

L'armateur est libre de faire assurer, en bloc ou séparément, le navire, ses accessoires, les mises dehors. S'il ne s'explique pas sur la façon dont il

entend contracter l'assurance, et qu'il se contente simplement de dire, j'assure tel navire, l'assurance comprend de plein droit les agrès et apparaux, les armements et les victuailles. Il n'y a de restriction à l'assurance sur corps qu'autant qu'elle est expressément formulée. Il est naturel qu'il en soit ainsi, car toutes ces choses ne font qu'un avec le navire ; ou bien elles sont indispensables à sa mise en route, ou bien elles naissent à son occasion et sont nécessaires à l'accomplissement du voyage ; on ne peut donc pas supposer que le propriétaire a été assez peu prévoyant pour ne pas les comprendre dans la somme assurée. Les assureurs seraient fondés, par suite, à faire réduire en cas de délaissement, l'indemnité qu'ils ont à payer, du montant de toutes assurances faites séparément sur accessoires et mises dehors. Il est permis toutefois à l'assuré de prouver que certaines de ces dépenses concernent un intérêt distinct de celui de la propriété du navire ; s'il parvient à faire cette justification, la réduction ne pourra être effectuée. La preuve incombe toujours à l'assuré ; elle ne retomberait pas sur l'assureur, alors même que la police contiendrait la clause de valeur agréée. Cette clause a seulement l'avantage de soustraire l'assuré, en cas de sinistre, à l'obligation d'établir la valeur des choses mises en risques.

Tous ces points sont réglés nettement par l'article 5 de la police sur corps. Sauf convention contraire, cet article décide que « la valeur agréée du navire comprend indivisément tous ses accessoires, notam-

ment les victuailles, avances à l'équipage, armement et toutes mises dehors, à moins qu'il ne puisse être justifié que certaines de ces dépenses concernent un intérêt distinct de celui de la propriété du navire. A défaut de cette justification, les assureurs du navire seront en droit, en cas de délaissement, de réduire sa valeur agréée du montant de toutes assurances faites séparément sur armement, victuailles ou mises dehors, avant ou après l'assurance du navire.

Un arrêt de la Cour de Rouen du 19 Novembre 1862 (1) fait l'application de cet article.

Un navire, le Jules César, avait été assuré pour une somme de 50.000 francs, accessoires et mises dehors compris. L'armateur, bien que n'ayant pas eu à sa charge les dépenses supplémentaires, les avait fait assurer à ses frais au nom de ceux qui les avaient acquittées. Le navire vint à se perdre, et le délaissement fut fait aux assureurs. Ceux-ci, ayant eu connaissance des assurances accessoires, prétendirent qu'elles devaient être déduites de la valeur du navire. Le tribunal du Havre, dans un jugement du 24 Mars 1862 (2) leur donna gain de cause en décidant que les victuailles et autres objets n'avaient pas, dans l'espèce, été mis en risques pour le compte de l'armateur. La Cour de Rouen, adoptant les motifs des premiers juges, confirma cette décision.

Sans l'article 5, des armateurs peu scrupuleux,

(1) J. du H. 1862, II, 310.

(2) J. du H. 1862, I, 99.

après s'être couverts entièrement par une assurance en apparence incomplète, auraient pu recourir à une assurance supplémentaire pour réaliser un gain illicite peut-être considérable ; les assureurs, très souvent, se seraient trouvés désarmés par suite de l'impossibilité où ils auraient été, en cas de délaissement, d'établir que la police n'était pas complètement alimentée.

L'article 5 apporte cependant deux exceptions à la règle qu'il pose. « Néanmoins, dit-il, dans les risques de pêche, la valeur de l'armement spécial de la pêche et, pour les navires à vapeur, la valeur de la machine, peuvent toujours être assurées séparément... » A la simple lecture de cette disposition, il semblerait que, parmi les frais d'armement, les engins de pêche et les machines à vapeur sont seuls susceptibles d'assurance distincte. Mais si on la rapproche de ce qui précède, le sens qu'il faut lui attribuer apparaît clairement : elle signifie que si l'armateur assure son navire, sans rien spécifier, la valeur des engins de pêche ou celle des machines n'est pas comprise comme les autres frais d'armement dans l'assurance du navire ; l'assureur, néanmoins, pourra toujours fournir la preuve contraire.

Il est à remarquer que l'assurance d'un navire embrassant de plein droit, à moins de convention contraire, tous ses agrès et mises dehors, si le délaissement a lieu, il devra s'étendre non seulement au navire, mais encore à tous ses accessoires. La question s'est posée devant la Cour de Bordeaux

dans une hypothèse spéciale qui présentait quelque difficulté. Un navire neuf, non encore muni de tout son gréement, était venu à brûler sur rade après avoir été assuré. Le délaissement devait-il comprendre même les agrès restés à terre et non atteints par l'incendie, bien que ceux-ci n'aient jamais été exposés aux risques de mer ? Les assureurs, se basant sur l'article 372 (C. de com.), prétendaient limiter à la valeur expertisée de la coque et des mâts ou agrès embarqués le montant de l'assurance. La Cour de Bordeaux se refusa à admettre cette prétention.

« Attendu, dit la Cour, que si, pour la validité du délaissement, les objets délaissés doivent nécessairement avoir été l'objet du risque maritime, cette condition peut être remplie sans qu'ils y aient été directement exposés au moment même du sinistre ; que l'assurance ayant pour but de couvrir tous les dommages causés par la fortune de mer, elle est responsable de la détérioration des objets assurés, même lorsque ceux-ci n'en sont atteints qu'indirectement, pourvu que l'origine en soit certaine et se rattache au sinistre comme l'effet se rattache à la cause :

« Attendu que tel est évidemment le caractère du dommage subi par le gréement de l'harmonie encore en magasin ou en cours de fabrication lors de l'incendie ; qu'en effet ce gréement, par la destruction du bâtiment aux proportions spéciales duquel il était destiné à s'adapter, a éprouvé une dépréciation con-

sidérable et incontestée qui, pour être indirecte, n'en procède pas moins certainement du sinistre et n'a nulle autre cause..... (1)

LÉGISLATION COMPARÉE. — En Angleterre et aux États-Unis, l'assurance du navire comprend le corps, les agrès et les fournitures, dans lesquelles rentrent les victuailles. « *In a policy on a ship*, dit lord Mansfield, *the insurance is on the body of the ship, tackle and furniture.* » Rien n'empêche cependant les parties de restreindre la police et de faire porter l'assurance uniquement sur le navire (*on ship alone*). D'ailleurs, pas plus qu'en France, l'assurance générale du navire n'est présumée s'étendre aux facultés, alors même que la propriété du navire et des facultés reposerait sur la même tête. — Elle n'embrasse pas non plus les engins de pêche qui doivent faire l'objet d'une mention spéciale, à moins que le navire n'ait été assuré comme bâtiment de pêche... Quant à la machine, il suffit, pour qu'elle soit réputée comprise dans l'assurance du navire, que celui-ci soit indiqué comme étant un vapeur.

En Allemagne, l'assurance du fret couvre les frais d'armement ; pour qu'ils soient englobés dans l'assurance du navire, il faut une stipulation formelle (art. 800). On décide qu'il en est ainsi lorsqu'il n'y a pas de fret, ce qui a lieu, par exemple, si le navire voyage sur lest ou est employé à la pêche. Il ne faut

(1) Bordeaux, 11 Mai 1870, (D. P. 1871, 2, 18).

pas conclure de là que l'assurance d'un navire couvre les engins de pêche, c'est-à-dire les objets étrangers au navire lui-même, car, l'article 800 ne parle que des frais d'armement. Toutefois, il en serait ainsi dans le cas où le navire aurait été assuré comme bâtiment de pêche. (1)

D'après le Code espagnol « s'il est énoncé d'une façon générale que la police est faite sur le navire, l'assurance comprend les machines, les appareils, les munitions et tout ce qui est appartenant au navire, mais non la marchandise, quand elle appartiendrait même au propriétaire. » (Art. 743).

L'article 593 du Code hollandais décide que « l'assurance du navire, sans autre désignation, comprend le corps et la quille, les agrès, les appareils, les armements. » Chose singulière, il ne parle pas des victuailles dans cette formule finale, alors qu'il leur consacre un alinéa spécial, à côté des agrès et appareils et des armements, lorsqu'il énumère les objets susceptibles d'être assurés. Faut-il conclure de ce silence que les victuailles doivent faire l'objet d'une assurance distincte ? Ou bien ne peut-on pas dire qu'elles sont comprises sous la dénomination générale de frais d'armement ? Nous croyons que cette dernière interprétation doit prévaloir.

(1) Desjardins, t. VII, p. 186 et suiv. — de Valroger, t. III, p. 333.

§ II. — *Assurances spéciales des agrès et appareils, des armements et victuailles.*

Les accessoires du navire, les armements et victuailles peuvent faire l'objet d'assurances distinctes, à condition toutefois, qu'au total, elles n'excèdent pas la valeur des choses mises en risques et ne fassent pas double emploi avec celle du navire ; autrement il y aurait assurance cumulative, défendue aux termes de l'article 334. Cette prohibition découle, nous l'avons vu, du principe que l'assurance est un contrat d'indemnité.

Lorsque deux assurances ont été conclues, l'une sur le navire, l'autre sur les victuailles et les mises dehors, celle-ci constitue un contrat parfaitement distinct de l'assurance sur corps, régi par des règles ou par des usages qui lui sont propres. (1) Un jugement du tribunal de Marseille fait l'application de ce principe dans une hypothèse où la police, pour le cas d'innavigabilité relative et pour l'assurance sur corps, n'autorisait que le règlement d'avaries. Toute l'argumentation de l'assureur, pour faire repousser le délaissement, consistait à comprendre dans l'assurance du navire celle faite sur victuailles et mises dehors, afin de leur appliquer, comme dépendances et accessoires du corps, une clause

(1) Droz, t. I, p. 123 et 124. — Desjardins, t. VI, p. 183. — de Valroger, t. III, p. 355 et 356.

stipulée pour l'assurance sur corps de navire. Voici les principaux motifs du jugement :

« Attendu que ce n'est point assez que d'établir, dans l'espèce, la portée qui est habituellement donnée au mot corps ;

« Que lorsqu'il n'est contracté que deux assurances, l'une du corps et l'autre des facultés, ces deux assurances devant embrasser toutes les choses exposées en risques, les mises dehors et les victuailles font partie du corps en qualité d'accessoires ;

« Que dans le cas où, au contraire, comme l'énonce l'article 334 du Code de commerce, il y a des assurances diverses sur le navire, sur les agrès et apparaux, sur les victuailles, sur les facultés, les parties n'ont plus en vue l'unique distinction du navire et des marchandises ; qu'elles ont suivi d'autres classifications, et que dès lors l'assurance sur victuailles, formant elle-même une de ces classifications, devient une assurance à part, qui n'est pas plus comprise dans celle sur corps que dans celle sur facultés ;

« Que rien ne prouve que, dans ce cas, les parties aient entendu déroger aux dispositions de la loi qui constituent le droit commun ; que l'on ne peut pas dire qu'elles aient voulu accepter une clause convenue pour l'assurance sur corps, lorsqu'elles ont contracté spécialement une assurance des mises dehors et des victuailles séparée et distincte de celle du corps ;

« Pour ces motifs, le tribunal valide le délais-

sement signifié des mises hors et victuailles du navire français le *Georges-Sand*. (1)

L'assurance sur victuailles ne devant pas être pour l'assuré un moyen d'enrichissement, sera résolue si les vivres de mer sont consommés par l'équipage, car telle est leur destination naturelle. L'assuré ne sera indemnisé que dans le cas et dans la mesure seulement où les dépenses faites pour victuailles l'auront été en pure perte, comme cela a lieu si le navire périt en cours de voyage. Au cas d'heureuse arrivée du navire, l'armateur se trouvant couvert de ses dépenses, par le fret qu'il touche, n'aura rien à réclamer à l'assureur ; celui-ci ne doit être en débours que du montant des dépenses que le fret est insuffisant à couvrir. C'est ainsi que, conformément à la loi, l'assuré ne retire jamais de bénéfice du contrat. (2)

Ce principe rigoureux n'a cependant pas empêché la jurisprudence de décider parfois que l'assureur était tenu, malgré le paiement du fret. Voici une espèce qu'eut à trancher la Cour de Bordeaux en 1839. Un armateur avait fait assurer une somme de 40.000 francs sur vivres et avances à l'équipage. La police portait que l'assurance était faite « pour tenir lieu de capital, pendant la durée des risques qui sont assimilés à ceux du corps sans que, en cas de sinistre, il puisse être fait diminutions pour vivres consommés ou avances gagnées. » Le

(1) Marseille, 20 Mai 1837, (Rec. de M., t. XXXV, I, 153).

(2) J. Cauvet, Traité des Assur. Marit., t. I, p. 75.

navire en question vint à être délaissé, mais les marchandises ayant été sauvées, le fret fut payé en entier. Le tribunal de Bordeaux, s'inspirant du principe que nous venons de rappeler, rendit un jugement fort bien motivé par lequel il repoussait la prétention émise par l'armateur de toucher la somme assurée sur vivres et avances. Mais la Cour de Bordeaux, réformant la sentence, condamna les assureurs en se fondant sur les motifs suivants :

« Attendu qu'en principe général l'assurance n'a pas pour objet de procurer un bénéfice à l'assuré, mais de l'indemniser du préjudice qu'il éprouve ; mais attendu qu'il s'agit moins dans la cause de discuter les théories du contrat d'assurance que d'apprécier la convention telle qu'elle se trouve énoncée dans la police intervenue entre les parties : attendu que le sens de cette convention est évident : que les risques des vivres et avances étant assimilés à ceux du corps du bâtiment, ils doivent être soumis aux mêmes règles, et que, le cas échéant, ils doivent avoir le même effet ; que cette évidence acquiert une nouvelle force par cette partie de la clause où il est dit qu'il ne peut pas être fait de diminution pour vivres consommés ou avances gagnées ; d'où il suit que si, en cas de sinistre, il y a lieu à l'abandon du navire, l'abandon doit également être admis pour les vivres et avances, quoique les vivres aient été consommés en cours de voyage et que les avances aient été gagnées. » (1)

(1) Dall., 40, 2, 177.

Il est difficile de supprimer d'une façon plus complète et plus formelle le principe d'indemnité qui régit l'assurance. La Cour semble avoir oublié que si les conventions sont libres, ce n'est qu'autant qu'elles ne violent pas les lois qui régissent l'ordre public. (Art. 6, C. civ.)

Nous avons vu plus haut que l'assurance sur victuailles formait un contrat à part qui ne devait pas être confondu avec l'assurance sur corps. Il suit de là que quelque étendue que lui donne la convention, qu'elle la fasse porter soit uniquement sur les dépenses contractées avant le départ, soit sur celles qui surviendraient au cours du voyage, jamais elle ne couvrira les dépenses faites pour fournitures et réparations concernant la coque ou les agrès et appareils. C'est ce que dit en termes excellents un jugement du tribunal de Marseille confirmé par la Cour d'Aix :

« Attendu que l'assurance du corps et celle des victuailles et mises hors doivent avoir chacune une portée et un aliment bien distincts pour éviter les doubles emplois ; que la première comprend tous les agrès et les appareils qui sont des accessoires ou même des parties du corps ; qu'elle comprend, à plus forte raison, les réparations qui mettent la coque en bon état ; que l'autre assurance, quelque étendue qu'on lui donne, est forcément restreinte aux dépenses autres que celles qu'embrasse l'assurance du corps.... » (1)

(1) J. M. 1865, 4, 208 et 1866, 4, 276. — V^r de Valroger, t. III, p. 356.

Bien que légales, les assurances supplémentaires ne sont cependant pas vues avec faveur, parce qu'il semble qu'elles n'ont d'autre but que de tourner la loi. M. de Courcy, dans son commentaire de la police française, (1) les critique sévèrement. « Il est évident, dit-il, que l'un des principaux éléments de l'appréciation du risque est l'évaluation du navire. L'assureur voit l'âge, la cote, le tonnage, compare l'évaluation et se décide en conséquence. Mais que peut être cette appréciation, si en dehors de lui et à son insu, l'armateur se réserve de contracter des assurances supplémentaires sous les noms mal définis d'avances, d'armement, de victuailles ou de mises dehors ?.... Jamais des maisons respectables n'ont recours à ce genre d'assurances : on ne les voit recherchées que par des armateurs obscurs, propriétaires de navires vieilliss. »

Les critiques ne s'adressent évidemment pas aux assurances supplémentaires contractées en cours de route à raison d'une augmentation de mise en risques, car elles ont une utilité pratique incontestable. Prenons, en effet, pour exemple, le cas d'un armateur qui, au départ, a fait assurer son navire pour une somme de 100.000 francs. Pendant le voyage, des avaries surviennent qui nécessitent des réparations pour une somme de 20.000. Si l'armateur n'a point la précaution de se couvrir de ces nouvelles dépenses en contractant une assurance supplémentaire, et

(1) P. 400.

que le navire vienne ensuite à périr, qu'arrivera-t-il ? Comme en vertu de l'article 393, l'assureur n'est tenu que jusqu'à concurrence de la somme assurée, l'armateur éprouvera un préjudice de 20.000 francs. — Nous pourrions raisonner de même par rapport à l'assuré qui, au cours du voyage, serait forcé de faire des dépenses pour achat de victuailles.

Si l'assuré a contracté des assurances supplémentaires, et qu'il ne les déclare pas à l'assureur du navire, n'y a-t-il pas, dans cette omission, une réticence susceptible de faire annuler l'assurance principale ? Certains assureurs ont parfois essayé de le soutenir, prétextant que s'ils avaient connu les assurances antérieures, les renseignements qu'ils auraient pu en tirer sur la gravité du risque les auraient détournés de contracter, ou tout au moins de le faire dans les mêmes conditions.

Les tribunaux n'ont jamais, et avec raison, donné gain de cause à de semblables prétentions. Aux termes des art. 359 et 379, en effet, il est permis de passer des assurances multiples, sans qu'il soit exigé de la part des assurés de déclaration pour les assurances antérieures, sauf au moment du délaissement ; c'est donc qu'ils ne sont pas tenus de faire plus tôt cette déclaration. Ce que l'assuré doit faire connaître, dit M. Droz, ce sont les circonstances qui peuvent influencer sur le risque, non l'opinion que d'autres personnes ont pu avoir sur ce risque. L'assureur a, d'ailleurs, un moyen bien simple de se mettre à l'abri des surprises : qu'il interroge l'assuré

sur ce point ; si sa déclaration est inexacte, il est certain que le contrat sera vicié. (1)

§ III. — *Assurances du fret ou du prix de transport des passagers.*

I. — *Assurance du fret.* — Cette assurance est de droit nouveau. L'ancien article 347 la prohibait, parce qu'il y voyait pour l'assuré une source d'enrichissement. Nous savons que la pratique ne s'arrêtait pas devant cette défense et qu'elle avait trouvé plus d'un moyen pour l'éluder. Il y en a un entre autres, dont nous n'avons pas encore parlé, et qui cependant vaut la peine d'être mentionné, c'est le suivant : comme la prohibition de l'art. 347 ne s'étendait qu'au fret à faire et non au fret acquis, l'armateur stipulait un fret payable d'avance et à tout évènement, et le faisait assurer par le chargeur, en s'engageant à supporter la charge de la prime. Grâce à cette convention, l'armateur atteignait le même résultat que s'il avait pu assurer directement le fret à faire.

Aujourd'hui, tous ces subterfuges sont inutiles, puisque l'assurance du fret rentre dans notre système légal d'assurances maritimes ; mais notons qu'elle y rentre à la condition de rester soumise au grand principe d'indemnité qui domine toute cette matière et que, par suite, elle ne pourra jamais se cumuler

(1) Droz, t. I, p. 345.

avec d'autres assurances qui feraient avec elle double emploi.

Pour connaître dans quelle mesure l'assurance du fret est légalement possible, il ne faut pas perdre de vue que deux éléments bien distincts entrent dans la composition du fret. En premier lieu, il représente l'usure du navire et les mises dehors dont l'armateur doit se rembourser ; en second lieu, le bénéfice. Il suit de là que si l'armateur a, comme c'est l'usage le plus fréquent, fait assurer le navire et les mises dehors, il ne pourra comprendre dans son assurance du fret que la partie qui représente le bénéfice, c'est-à-dire le fret net ; sinon, l'opération aurait pour résultat de lui faire réaliser un gain en cas de sinistre. En effet, en cas d'heureuse arrivée à destination, le propriétaire du navire ne gagnerait le fret que déduction faite de la mise dehors ; par conséquent, s'il pouvait se faire payer par l'assureur les frais de voyage et le fret brut, sa situation serait améliorée par la réalisation des risques ; au lieu d'être intéressé à la conservation du navire, il aurait tout intérêt à sa perte, et l'assurance perdrait son caractère de contrat d'indemnité pour devenir une gageure. (1)

Le projet de loi adopté par la Chambre des Députés le 18 Mai 1885, sur le rapport de M. Peulevey, indiquait formellement cette solution. L'art. 334, § 1, autorisait l'assurance du fret, et le § 2 était ainsi conçu :

(1) Danjon, p. 310.

« Néanmoins l'armateur ne peut assurer cumulativement, d'une part, l'entier montant du fret et, d'autre part, les frais d'armement, les victuailles, les loyers des gens de mer, le coût de l'assurance et autres dépenses de l'expédition. »

La commission du Sénat, tout en modifiant quelque peu les termes de ce paragraphe, lui conserva son sens primitif : « Ainsi l'armateur ne peut faire assurer concurremment l'entier montant du fret et les frais d'avitaillement, les loyers et autres dépenses faites pour le voyage. »

Se rendant à une observation du Ministre du commerce qui jugeait cette rédaction détaillée inutile, la commission se contenta de poser le principe que toute assurance cumulative est interdite. Mais le Sénat, afin que l'on ne pût se méprendre sur la portée de la suppression, fit subir au paragraphe 1 une légère modification qui a passé également dans la loi de 1885. A la rédaction primitive qui parlait simplement du fret, il a ajouté le mot net ; « toute personne intéressée peut faire assurer.... le fret net » dit l'art. 334.

La pratique a fixé à forfait le montant de la valeur du fret net ; il est de 60 % de celle du fret brut.

Le législateur, en précisant ainsi sa pensée, a-t-il entendu prohiber l'assurance du fret brut ? Nullement. S'il ne parle que du fret net, c'est qu'il a en vue l'hypothèse la plus fréquente, où le propriétaire a déjà contracté une assurance sur armements et

victuailles ; mais rien n'empêche de faire assurer le fret brut si la mise dehors a été déduite de l'assurance du navire.

LÉGISLATION COMPARÉE. — En France, à défaut d'explication sur la façon dont il entend faire assurer son fret, l'intéressé ne pourra réclamer à l'assureur que le montant du fret net (art. 334), à moins qu'il ne parvienne à faire la preuve que les accessoires ont été exclus de la police sur corps. — En Allemagne, au contraire, lorsque dans l'assurance du fret, il n'est pas dit si l'assurance porte sur le fret brut ou sur le fret net, c'est le fret brut qui est réputé assuré (art. 802). En cas de contestation, ce n'est donc pas à l'assuré, mais bien à l'assureur qu'incombe le fardeau de la preuve. A part cela, le système suivi par nos voisins n'est pas différent du nôtre. Le principe d'après lequel l'assurance est un contrat d'indemnité sert de base à la législation allemande comme à la législation française. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire l'article 801, § 1, (C. all.), qui n'autorise l'assurance du fret brut « qu'autant qu'il n'est pas déjà compris dans l'assurance des frais d'armement, du loyer et des frais d'assurance. »

Avec l'assurance du fret brut, le Code allemand paraît autoriser l'assurance du navire d'après sa valeur au départ. L'article 799, § 1 est, en effet, ainsi conçu : « A défaut de convention contraire, la valeur d'assurance du navire est la valeur qu'a le navire au moment où les risques commencent pour l'assureur. » Il y a, nous semble-t-il, contradiction entre cette

disposition et celle de l'article 801, § 1, car la détérioration du navire pendant le voyage étant au même titre que les frais d'armement une charge du fret, l'armateur ne devrait pas pouvoir, en cas de perte, recevoir à la fois le fret et la valeur du navire au départ, puisque, en cas d'heureuse arrivée, il aurait eu à supporter l'usure naturelle.

En Angleterre, où il n'y a pas de législation des assurances, la pratique entend l'assurance du fret d'une façon très large. Elle ne limite pas seulement l'indemnité à la part de bénéfice qu'eût procuré à l'assuré l'heureuse arrivée du navire, elle y comprend encore les dépenses telles que loyers de l'équipage, frais de nourriture, etc., qui eussent été la charge nécessaire du fret si le sinistre ne s'était pas réalisé. Nous sommes, comme on le voit, bien loin du principe admis par notre législateur. Au lieu d'être un pur contrat d'indemnité, l'assurance du fret est, en Angleterre, une espèce de gageure créant pour l'assuré un intérêt immoral à la perte du navire. Toutefois, pour avoir droit au montant intégral du fret, l'assuré doit, à part le cas où la perte est certaine, signifier le délaissement et du navire et du fret dans un délai déterminé, et introduire une action en indemnité alors que l'évènement qui fait présumer la perte subsiste encore, sinon, il ne peut plus agir en remboursement comme pour une perte totale. (1) Ce délaissement obligatoire, dans le cas où

(1) V^r Desjardins, t. VII, p. 208 et suiv.

la perte n'est qu'incertaine, et où, par conséquent, l'assuré peut encore gagner, en tout ou en partie, le fret stipulé, est des plus logiques. Il évite la conséquence fâcheuse à laquelle aboutissait le système français tel qu'il existait sous l'empire de la loi ancienne. A cette époque, en effet, comme aujourd'hui d'ailleurs, l'assuré avait pour faire valoir ses droits à l'indemnité, deux moyens : l'action en avarie et le délaissement. Mais, par une anomalie inexplicable, sa situation pouvait être toute différente, suivant qu'il recourait à l'une ou à l'autre voie. Optait-il pour le délaissement, en vertu de l'art. 386, il devait, outre le navire, abandonner le fret qu'il avait pu retirer des marchandises ; choisissait-il, au contraire, l'action d'avarie, il recevait, à titre d'indemnité, la différence entre le prix de vente du navire avarié et la valeur déterminée par la police, c'est-à-dire, en réalité, la même indemnité qu'au cas de délaissement, mais de plus, il conservait le fret. Il est vrai que le délaissement ne dépendant pas uniquement de la volonté de l'assuré, l'inconvénient signalé pouvait être écarté jusqu'à un certain point. Néanmoins, il fallait, si l'assuré persistait dans son choix, recourir aux tribunaux pour trancher le litige ; c'était, par conséquent, une perte de temps regrettable dans une matière dont le règlement exige la plus grande célérité. Il y a, à ce sujet, un arrêt intéressant de la Cour de Bordeaux. (1) Dans l'espèce, il

(1) J. M. 1861, 2, 20.

s'agissait d'un armateur qui, après la vente de son navire pour cause d'innavigabilité relative, avait opté pour l'action d'avarie afin de conserver le fret.

« Attendu, dit la Cour, que si, aux termes des articles 369 et 409 du Code de commerce, le délaissement est facultatif, l'option qui appartient à l'assuré lui est donnée afin qu'il puisse choisir, entre les deux actions, celle qui, eu égard aux circonstances, convient le mieux à ses intérêts et l'indemnise le plus complètement, mais non pour lui offrir un moyen de bénéficier au préjudice de l'assureur... » Et la Cour, considérant que l'armateur réaliserait un bénéfice au préjudice de l'assureur s'il conservait l'entier avantage de fret en même temps que le prix de vente et l'indemnité d'avarie, décida que cette indemnité ne lui serait allouée que sous déduction :

1^o Du montant de tous les frais de mises hors dont l'assuré avait profité par suite du paiement du fret ;

2^o D'une somme égale au dépérissement normal du navire pendant le voyage.

La loi de 1885, en supprimant l'article 386, a fait disparaître la dissemblance de résultats qui existait entre l'action en délaissement et l'action d'avarie.

A première vue, on serait tenté de croire que sur le point qui nous occupe, le système suivi en Angleterre diffère notablement du nôtre ; tout compte fait, on voit qu'il n'en est rien. Dans l'un, en effet, le délaissement du fret gagné est obligatoire, mais l'assuré touche de l'assureur le montant inté-

gral du fret : l'appauvrissement n'est donc qu'apparent ; dans l'autre, le délaissement ne porte que sur le navire, mais l'assureur ne doit rembourser à l'assuré le fret stipulé que déduction faite du fret acquis : l'enrichissement, par conséquent, n'est que fictif.

L'assurance du fret est également reconnue aux Etats-Unis, en Belgique (loi du 21 Août 1879, art. 168), en Italie (loi du 2 Avril 1882, art. 606), en Espagne (loi de 1885, art. 743) ; en un mot, chez presque toutes les nations maritimes. Il y a, cependant, aujourd'hui encore, certains pays, principalement dans le Nouveau-Monde, qui ne l'admettent pas. Ainsi, au Mexique, au Pérou, au Chili, le contrat est nul s'il a pour objet le fret des marchandises existant à bord.

II. — *Assurance du prix du transport des passagers.* — Avant la loi de 1885, l'assurance du prix du transport des passagers n'était pas plus autorisée que l'assurance du fret, car le prix du transport n'est au fond qu'une variété du fret. Actuellement, bien que le nouvel article 334 soit muet à ce sujet, il n'est pas douteux que la prohibition n'existe plus. Nous avons déjà vu, du reste, que l'énumération faite par le législateur n'est nullement limitative, et qu'il suffit pour qu'un objet soit susceptible d'être assuré, qu'il soit estimable à prix d'argent et soumis à des risques de mer. C'est bien ici le cas où jamais de donner à l'art. 334 l'extension qu'il comporte. Il eût été préférable, cependant, qu'à l'exemple des principaux

Codes étrangers, notre loi se montrât plus explicite sur ce point : dans une matière aussi délicate, il est bon de prévenir la moindre difficulté.

Le Code allemand (art. 783) mentionne expressément, à côté du fret, le prix des traversées; le Code italien de 1882 (art. 606), le fret des passagers ; la loi belge de 1879 (art. 168), le prix de passage.

Par « prix de traversée des personnes, le Code allemand entend à la fois la créance du prix de transport des passagers et les sommes nécessaires pour les faire parvenir au port de destination dans le cas où, par suite d'un accident, le navire ne peut continuer son voyage. En règle générale, ces dépenses sont à la charge des passagers ; mais une stipulation formelle peut aussi en charger l'armateur. Dans le premier cas, ce sont les passagers qui ont intérêt à faire assurer la somme qui correspond à ces dépenses possibles ; dans le second, c'est l'armateur qui contracte l'assurance. Dans les principaux ports d'embarquement des émigrants, des règlements obligent les armateurs à faire assurer les sommes nécessaires pour l'achèvement du voyage en cas d'accident ; on considère alors les armateurs comme concluant une assurance pour le compte des émigrants. » (1)

L'article 193 de la loi belge de 1879 prévoit la même hypothèse :

(1) Code de Comm. Allem., traduit et annoté par MM. Gide, Lyon-Caen, Flach et Dietz, p. 333. — V^e Desjardins, t. VI, p. 211. — de Valroger, t. III, p. 451 et 452.

« L'assureur du prix de passage est tenu des pertes que l'assuré éprouve sur ce prix par l'effet des risques de mer, tels que les frais de débarquement et rembarquement, de nourriture et de logement des passagers dans un port de relâche, le remplacement des vivres perdus ou endommagés, les dépenses de réexpédition à bord d'un autre navire. »

Ainsi que le remarque M. de Valroger, rien ne s'opposerait chez nous à ce que l'armateur ou les passagers se fissent assurer contre ces frais extraordinaires.

SECTION II.

Assurance en faveur des Chargeurs.

Aux termes de l'article 334, toutes les marchandises chargées à bord sont assurables, à la condition toutefois, faut-il ajouter, de ne pas violer les principes de notre droit public. C'est ainsi, qu'à moins de licence spéciale, les contrats d'assurance passés avec les sujets d'une puissance ennemie sont déclarés nuls. Il ne faudrait pas donner, cependant, à la prohibition que nous examinons, une portée qu'elle n'a pas : la marchandise n'étant pas infectée d'un vice intrinsèque, rien ne s'opposerait à ce que le contrat fût licite s'il était conclu, non avec le chargeur, sujet de l'Etat belligérant, mais avec le

destinataire, sujet d'une puissance neutre, par rapport à des marchandises inoffensives. (1)

La même règle est suivie en Angleterre et aux Etats-Unis. Il en est différemment en Allemagne, où du moins, on n'y déclare nulle l'assurance de la propriété ennemie qu'autant qu'elle aurait pour but de la couvrir contre les risques de guerre. (2) — La loi hollandaise est encore plus libérale ; elle n'apporte aucune restriction à la validité de l'assurance portant sur des marchandises ennemies. (3)

C'est également pour un motif d'ordre public « que les effets dont l'importation ou l'exportation sont prohibées, ne peuvent pas faire parmi nous la matière du contrat d'assurance. » (4) Cependant, ainsi formulée, la défense est trop générale. Il n'y a pas de raison, en effet, que le contrat ne soit valable si, bien que portant sur des marchandises dont la loi française interdit l'entrée en France ou la sortie de France, le trafic a lieu entre nations étrangères.

Lorsque les marchandises sont transportées en contrebande au mépris uniquement de la loi d'un pays étranger, elles peuvent faire l'objet d'une assurance licite. C'était déjà l'avis des plus anciens auteurs, seul Pothier ne le partageait pas. — La jurisprudence a toujours été en ce sens. Dans un arrêt du 25 Août 1835, (4) la Chambre des Requêtes a

(1) Desjardins, t. VII, p. 218.

(2) de Valroger, t. III, p. 361.

(3) Hochster et Sacré, t. II, p. 337.

(4) R. 25 Août 1835, (S. 35, 1. 673).

décidé que la contrebande en pays étrangers, à l'aide de ruses employées pour tromper la douane, n'était ni prévue, ni réprimée par aucune loi. Plus récemment, la Cour de Rouen a consacré la validité d'une telle assurance d'une manière implicite, car, dans l'espèce qui lui était soumise, bien loin de prononcer la nullité du contrat, elle s'est contentée de débouter l'assuré, parce que la contrebande avait été la cause directe de la perte, et que l'assureur avait pris à sa charge uniquement la fortune de mer. (1)

En Angleterre, l'assurance d'objets transportés au mépris des lois fiscales ou douanières est également nulle. (2)

Aux Etats-Unis, la règle est la même, mais elle comporte un tempérament : on admet la validité de l'assurance si les intéressés, au moment du contrat, ignoraient la prohibition. (3)

En Hollande, en Russie, et dans la plupart des pays, nous trouvons reproduite une disposition semblable. (4)

Connaissant les restrictions qui sont apportées à l'assurance sur facultés, nous allons voir maintenant de quelle façon les rédacteurs du Code de commerce ont compris cette assurance et de quelles idées nouvelles s'est inspiré dans sa réforme le législateur de 1885.

(1) Arrêt de la Cour de Rouen, 8 Janv. 1878. — V^r Desjardins op. cit., p. 217. — de Valroger, t. III, p. 364.

(2) Arnould, II, p. 699. — Hœchster et Sacré, II, p. 568.

(3) Desjardins, VII, p. 223.

(4) Hœchster et Sacré, II, p. 557 et 572.

Sous l'empire de l'ancienne loi commerciale, le chargeur ne pouvait obtenir au moyen de l'assurance, qu'une indemnité égale à la valeur de la marchandise au point de départ. C'est ce qui résulte de l'article 339 du Code de commerce :

« Si la valeur des marchandises n'est point fixée par le contrat, elle peut être justifiée par les factures ou par les livres ; à défaut, l'estimation en est faite suivant le prix courant au temps et au lieu du chargement, y compris tous les droits payés et les frais faits jusqu'à bord. »

L'assurance des marchandises ne devait donc jamais comprendre le profit espéré, sous peine d'être déclarée nulle (347). Cette défense, nous le savons, n'était pas nouvelle ; elle remontait à l'Ordonnance de 1681, et tous les anciens commentateurs s'accordaient à la reconnaître fondée, parce que, disaient-ils, le profit dépend d'un événement incertain, d'une négociation future, c'est un être moral qui ne se trouve pas dans le navire. (1) Pour tourner la prohibition, on recourait le plus souvent à des polices d'honneur ; mais les assurances ainsi contractées avaient le grave inconvénient d'être à la merci des deux parties, qui pouvaient toujours en demander la réduction à la valeur réelle des marchandises. Toutefois, si l'assuré avait payé la prime au moment de la formation du contrat, il se trouvait définitivement engagé : l'opération étant assimilée à une

(1) Emérigon op. cit., ch. VIII, sect. IX.

gageure, il ne lui était plus loisible, en vertu de l'art. 1967, de répéter ce qu'il avait volontairement payé. Il n'y avait exception à cette règle que dans le cas où, un sinistre survenant, l'assureur excipait de l'exagération. L'assuré était alors autorisé à réclamer la portion de la prime qui correspondait à l'indemnité non payée, car, en touchant une prime qui, dans sa pensée, ne l'engageait pas à payer l'indemnité toute entière, l'assureur avait commis une supercherie (art. 1967). (1)

Si, en règle générale, l'assurance telle qu'elle fonctionnait avant 1885 rendait à l'assuré la situation de fortune qu'il avait avant la mise en risques, il pouvait arriver parfois qu'elle n'atteignît même pas ce résultat. En effet, si l'art. 339, outre le prix d'achat ou le prix courant, permettait que l'on comprît dans l'assurance tous les frais faits jusqu'à bord, c'est-à-dire les frais de transport, camionnage, entrepôt, droit de sortie, etc., même le fret payé ou promis à tout événement, (2) l'article 347 défendait l'assurance du fret à faire, c'est-à-dire de celui que le chargeur n'a pas payé ou qu'il n'a pas promis en cas de naufrage, ainsi que l'assurance des frais qui grèvent les marchandises depuis leur chargement jusqu'à leur

(1) Droz op. cit., t. I, p. 399.

(2) Droz, t. I, p. 432. — Alauzet, t. V, p. 435. — Contra Bédarride, t. III, n° 4129. D'après cet auteur, permettre au chargeur d'assurer le fret payé ou promis à tout événement, serait donner ouverture à des fraudes auxquelles les assureurs ne pourraient échapper. Comment prouver, en effet, que la clause « acquis à tout événement » n'a rien de sérieux, qu'elle n'est imaginée que pour grossir la somme assurée ?

livraison, tels que frais de déchargement, magasinage, droits d'entrée. Or, supposons que les marchandises arrivassent plus ou moins avariées, le chargeur n'en devait pas moins le fret entier (art. 309 et 310), quoiqu'il ne lui fût plus possible de réaliser sur elles les bénéfices qui devaient couvrir ce fret et les autres frais, et il ne touchait néanmoins de ses assureurs que leur moindre valeur, le montant de l'avarie ayant pour base d'estimation la valeur des marchandises au point de départ ; il en résultait donc pour lui une perte. Et cependant, le propriétaire des marchandises qui sont avariées au point de ne plus valoir que la moitié, par exemple, de ce qu'elles eussent valu à l'état sain, n'est-il pas, relativement à ces marchandises, dans une situation analogue à celle où il se fût trouvé si une demie eût été entièrement perdue et que l'autre fût arrivée en bon état ? Pourquoi alors ne pas le traiter de la même façon dans l'un et l'autre cas ? Pour quelle raison si la moitié de ses marchandises avait péri dans un naufrage (art. 302), n'eût-il eu à payer de fret et de frais que sur l'autre moitié, tandis que le tout arrivant avarié, il est obligé de payer le fret et les frais en entier, c'est-à-dire sur la moitié considérée comme perdue entièrement, de même que sur la moitié réputée parfaitement saine ? (1) Il est vrai, comme le fait remarquer M. Danjon, « qu'au point de vue des

(1) Benecke, *Traité des principes d'indemnité en matière d'assurances maritimes*. (Traduction de Dubernad, t. I, p. 99).

principes juridiques, il y a une différence essentielle entre la perte et l'avarie des marchandises. Si le fréteur perd son fret en cas de perte fortuite des marchandises, c'est parce qu'il ne remplit pas — malgré lui, il est vrai — son obligation de transporter les marchandises à destination ; au contraire, dans le cas de détérioration fortuite des marchandises, si grave que soit cette détérioration, le fréteur conduit tant bien que mal les marchandises à destination, et par conséquent, dans la rigueur des principes, il a droit au fret sans diminution, comme le dit l'art. 310. » (1) Mais la raison s'élève contre une semblable disposition, et elle souhaite, au nom de l'équité, qu'un jour ou l'autre le chargeur soit autorisé à faire abandon au fréteur des marchandises détériorées fortuitement, pour se soustraire au paiement du fret.

L'opinion d'après laquelle l'assurance du fret, du moins du fret à faire, était interdite au chargeur sous l'empire de l'ancien art. 347, ne rallie cependant pas tous les suffrages. Certains commentateurs, parmi lesquels MM. Alauzet et J.-V. Cauvet, soutiennent que le législateur, en défendant l'assurance du fret, n'a songé certainement qu'au fret à recevoir, et s'il l'a exclu, c'est parce qu'il est une source de gain pour le propriétaire du navire. Quant au fret à payer, jamais il n'a pu être dans sa pensée de le prohiber, puisque ce fret ne fait réaliser aucun

(1) Danjon, p. 450 et 451.

bénéfice au chargeur. « L'assuré, dit M. Alauzet, doit être remis, quoiqu'il arrive, dans la même situation que s'il n'avait pas fait son expédition : ce résultat est obtenu en cas de perte totale effective, et dans tous les cas qui donnent ouverture au délaissement ; il doit se produire également si la perte n'est que partielle, pour la portion sur laquelle porte le sinistre, l'assuré restant pour l'autre portion, dans la même situation que s'il n'y avait pas eu avarie. Que cette avarie ait lieu par la détérioration ou par la perte partielle sur la quantité, la position de l'assuré ne devra pas changer, parce que la loi assimile toujours l'un et l'autre cas. » (1)

Cette interprétation, si favorable qu'elle fût pour le chargeur, nous paraît cependant bien difficile à admettre en présence de l'ancien art. 347, qui pose en termes formels que le contrat d'assurance est nul quand il a pour objet le fret des marchandises existant à bord, sans faire de distinction entre le fret à recevoir et le fret à payer. (2)

Quoiqu'il en soit, la controverse n'existe plus depuis la loi de 1885. Le nouvel art. 347, permettant d'une façon générale l'assurance du fret, le chargeur peut toujours se mettre à couvert contre toutes les éventualités. Mais, bien entendu, pour lui comme pour le frèteur, il faut, en toutes circonstances, tenir compte du principe d'indemnité en vertu duquel,

(1) Alauzet, *Commentaire du Code de Comm.*, t. V, p. 438. — J.-V. Cauvet *op cit.*, t. I, p. 122 et suiv.

(2) Boistel *op. cit.*, p. 1023.

la situation qui lui est faite ne peut jamais être préférable à celle qu'il aurait eue en cas d'heureuse arrivée. Par conséquent, si les marchandises périssent en totalité ou en partie, comme il ne doit alors aucun fret ou seulement qu'un fret partiel, l'assurance du fret tombera complètement, ou ne subsistera que pour la partie dont le chargeur reste tenu.

L'assurance du fret à payer doit, comme celle du fret à recevoir, être l'objet d'une police spéciale ; elle n'est pas comprise de plein droit dans l'assurance sur facultés. Il y a cependant un cas qui fait exception ; il est prévu par l'art. 393 et existait déjà, d'ailleurs, avant la réforme de 1885. Cet article suppose que par suite d'innavigabilité du navire, les marchandises ont été transbordées sur un autre navire que le capitaine a loué pour remplacer le sien. L'assureur du chargeur est tenu de lui rembourser les frais de transbordement et l'excédant du second fret sur le fret originaire. Cette disposition est des plus logiques, car l'assureur a tout intérêt à la location du second navire : elle prévient, en effet, le délaissement que, dans le cas contraire, l'assuré serait en droit de faire (394).

A l'égard des chargeurs, le législateur de 1885 a abandonné, comme il l'a fait à l'égard des armateurs, le système d'assurance en vigueur. Il a compris que pour être véritablement un contrat d'indemnité, l'assurance ne devait pas faire rentrer l'assuré uniquement dans les sommes qu'il avait déboursées.

avant la mise en risques, mais qu'elle devait en outre tenir compte des gains qu'il aurait réalisés si des fortunes de mer n'avaient pas détruit ou endommagé les marchandises. Pour atteindre ce résultat, il aurait pu, modifiant l'art. 339, décidé que la chose serait assurée sur le pied de la valeur au lieu de destination. Il a préféré, avec raison, ne pas toucher à cet article, et autoriser simplement l'assurance du profit espéré par une clause spéciale du contrat. De la sorte, le profit éventuel pouvant être assuré sans fixation de valeur, le principe que l'assurance ne doit jamais être pour l'assuré une source d'enrichissement, se trouve en tout point respecté.

Si, au contraire, le chargement et le bénéfice possible avaient pu faire l'objet d'une assurance générale, le contrat aurait parfois dégénéré en pari. De ces deux éléments, en effet, le premier seul est susceptible d'être évalué au commencement du voyage ; quant au second, il est inconnu au moment où la police est souscrite : il peut être plus ou moins considérable, se réduire à néant ou même se transformer en perte. Il fallait donc que l'intéressé pût l'assurer sans en déterminer le montant, sinon l'exécution du contrat aurait été, dans certains cas, plus avantageuse pour lui que l'arrivée à bon port des effets assurés. « Le résultat de toute spéculation mercantile, dit Benecke, est douteux de sa nature, et ces opérations sont soumises à des accidents qu'aucune prudence humaine n'est capable de prévoir. Il est donc évident que le but d'une assurance

sur profit ne peut être d'en garantir un certain et déterminé. » (1)

Ce qui précède est la condamnation du système consacré par la police sur facultés (art. 15), et d'après lequel le profit espéré est fixé à forfait, ordinairement à 10 % du prix coûtant. Un semblable procédé offre sans doute le grand avantage pratique de permettre à l'assuré de se décharger du soin de prouver que les marchandises eussent été vendues pour tel prix au lieu de destination, et que, par suite, il a droit de ce chef à telle indemnité ; mais il est en opposition certaine avec la loi. Contractée sur cette base, l'assurance lèse et l'assureur et l'assuré : l'assureur, qui parfois paiera une indemnité de beaucoup supérieure au prix qu'eussent atteint les marchandises au cas d'heureuse expédition ; l'assuré, qui doit limiter à un chiffre de, parfois très inférieur à la réalité, le montant du bénéfice espéré. (2)

Avant de quitter cette matière des assurances au profit des chargeurs, il nous reste à examiner une question. — L'estimation des marchandises doit être faite, nous le savons, d'après leur valeur, au point de départ. Mais cette valeur, comment faut-il l'établir ? A s'en tenir au texte même de l'art. 339, il semble bien que le prix courant ne doit servir de base qu'à défaut de factures ou de livres ; qu'en dehors de là, c'est toujours le prix d'achat qui doit être considéré,

(1) Op. cit., p. 116. — Droz op. cit., t. I, n° 136.

(2) Droz, t. I, p. 157 et 158.

sans tenir compte de la hausse ou de la baisse subies par les marchandises entre la date de l'achat et celle de l'embarquement. Certains auteurs, M. Boistel (1) entre autres, donnant pour raison que c'est bien le prix coûtant que l'assuré est exposé à perdre, adoptent cette manière de voir. — Nous préférons, avec la majorité des commentateurs, (2) dire que l'art. 339 n'a statué que sur l'hypothèse la plus fréquente, celle où l'embarquement est voisin de l'achat et où, par conséquent, le prix d'acquisition et le prix courant sont à peu près identiques. Si alors on prend pour base de l'estimation les factures ou les livres, c'est pour plus de commodité, et pour éviter toute discussion ; mais cette base ne peut plus être suivie si les marchandises ont subi depuis le marché une hausse ou une baisse sensibles, car elle serait tout à fait contraire au principe qui régit l'assurance. Quel est, en effet, l'unique but de ce contrat ? C'est d'indemniser l'assuré dans la mesure où le préjudice qu'il éprouve est la conséquence d'une fortune de mer ; pour l'atteindre, il est donc nécessaire de tenir compte des fluctuations de cours qui se sont produites avant la mise en risques et qui ont pu faire varier notablement le prix des marchandises : ce résultat, on ne peut l'obtenir qu'en laissant de côté le prix d'achat pour s'en rapporter au prix courant. « En définitive, dit M. Droz, soit que la

(1) Boistel, p. 984.

(2) Droz, t. I, p. 150. — Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 346.

valeur ait été fixée ou non par la police, l'indemnité devra être égale au prix d'achat, si ce prix est presque identique au prix courant, mais elle devra être ramenée au prix courant, tel qu'il était au jour de l'embarquement, si ce prix était notablement inférieur à celui d'acquisition. »

Courtage et commissions espérés. — En dehors des armateurs et des chargeurs, il y a d'autres personnes que l'heureuse arrivée du navire et du chargement intéresse, ce sont les commissionnaires ou les courtiers des armateurs ou des chargeurs. Peuvent-ils faire assurer les droits de commission ou de courtage à gagner sur le navire ou sur les marchandises arrivées à destination ? Oui, sans aucun doute. L'ancien article 347 prohibait cette assurance pour la raison que chacun de ces droits constitue une sorte de profit espéré. L'article 334, modifié par la loi de 1885, a levé l'interdiction en autorisant d'une manière générale « toute personne intéressée à faire assurer le profit espéré. » Ce sont bien là, du reste, des choses estimables à prix d'argent et sujettes aux risques de la navigation. (1)

LÉGISLATION COMPARÉE. — I. — *Assurance du fret.* — Nous avons vu que, d'après l'opinion la plus généralement admise, avant la loi de réforme de 1885, l'assurance du fret à payer était défendue en France tout aussi bien que l'assurance du fret à recevoir, l'article 347 ne faisant aucune distinction. Il y avait

(1) Danjon, p. 307. — de Valroger, t. III, p. 455.

là une prohibition souverainement injuste dont le chargeur souffrait surtout quand les marchandises arrivaient avariées au port de destination, puisque, dans ce cas, il n'en devait pas moins le fret tout entier. C'est ce qu'avaient aperçu, bien avant nous, la plupart des législations étrangères qui, après avoir vécu sous l'empire de l'Ordonnance de 1681, avaient déjà fait droit aux réclamations de la pratique, lorsque notre législateur se décida à entrer dans la voie de la réforme.

Partout où elle est admise, l'assurance du fret doit faire l'objet d'une police spéciale: l'assureur des marchandises n'est pas de plein droit responsable des pertes éprouvées sur le fret par le propriétaire de ces marchandises. Ainsi, en Angleterre, « par le contrat actuellement en usage, dit Benecke, (1) le négociant assure seulement ses marchandises et ne paie de prime que sur leur valeur, soit qu'il les évalue à une somme quelconque considérée, dans ce cas, comme formant le coût primitif ou le montant de la facture comprenant tous les frais jusqu'à bord et la prime, soit qu'il assure une certaine somme sans évaluation des marchandises, auquel cas les articles expressément désignés sont réputés représenter la valeur assurée. Conséquemment, à moins qu'il n'ait été fait une convention spéciale exprimée dans la police, l'assureur n'est responsable que des

(1) Traité des principes d'indemnités en matière d'assurances maritimes, (trad. de Dubernad, t. I, p. 94).

marchandises seulement, et l'on ne peut jamais supposer que l'on ait eu en vue de comprendre dans l'assurance le risque du fret. »

Même disposition dans le Code de commerce hollandais dont l'article 613 est ainsi conçu :

« La valeur réelle des objets assurés peut être augmentée du fret, des droits d'entrée et autres frais qui, en cas de bonne arrivée, doivent nécessairement être payés, pourvu qu'il en soit fait mention dans la police. »

Le Code allemand (art. 803), la loi belge de 1879 (art. 187, § 1), décident pareillement que le fret n'est compris dans l'assurance qu'en vertu d'une convention expresse.

II. — *Assurance du profit espéré.* — L'assurance du profit espéré est, en général, admise à l'étranger.

Il en est ainsi notamment en Angleterre et aux Etats-Unis.

L'article 743 du Code espagnol de 1885 autorise aussi cette assurance.

L'article 783 du Code de commerce allemand reconnaît expressément au chargeur le droit de faire assurer : *le profit des marchandises au port de destination.*

La même règle résulte implicitement de l'article 594 3^o et de l'article 612 du Code de commerce italien.

Une disposition analogue se trouve dans la loi belge de 1879 (art. 168), et dans l'article 593 du Code de commerce hollandais.

Nous avons dit qu'en France, l'art. 339, C. com., n'ayant pas été modifié par la loi de 1885, l'assurance du profit, abstraction faite de l'article 15 de la police, doit être stipulée d'une manière spéciale et expresse. En principe donc, l'assurance du profit ne sera pas réputée comprise dans celle de la marchandise. — Telle est la règle admise en Angleterre :

« *In fixing the valuation of goods, the assured may add to the first cost the probable profit, or he may stipulate that, in case of loss, the loss shall be estimated according to the value of like goods at the port of delivery.* » — « *With regard to goods, the long established rule in this country is that their value for the purposes of insurance, when not fixed by the policy, is the amount of the prime cost.* » — « *Profits are not covered by a policy on goods or merchandise; they must be specifically named. This rule is absolute in England.* » (1)

L'article 615 du Code de commerce hollandais contient la même disposition : « Lorsqu'il y a assurance sur le profit espéré, il sera évalué séparément dans la police, avec désignation particulière des marchandises sur lesquelles il est espéré, à peine de nullité. Dans le cas d'une évaluation en bloc de l'objet assuré, avec stipulation expresse que l'excédant de sa valeur sera considéré comme profit espéré, l'assurance n'est valable que pour la valeur des objets assurés ; mais l'excédant sera réduit à la

(1) Arnould op. cit., p. 32, 287, 304.

quantité du profit espéré, qu'on pourra prouver, et l'évaluation en sera faite d'après les dispositions des articles 621 et 622. »

Enfin, l'art. 805 du Code de commerce allemand dit que le profit espéré ne doit être réputé compris dans l'assurance des marchandises, même quand la valeur des marchandises a été fixée, qu'en cas de convention expresse.

Dans le cas où le profit espéré est compris dans l'assurance, l'article 805 distingue :

1^o Si la valeur d'assurance est évaluée, mais qu'on n'ait pas déterminé quelle partie de l'évaluation représente le profit espéré, on doit admettre que 10 % de cette évaluation représente ce profit ;

2^o Lorsque le profit espéré est compris dans l'assurance et qu'il n'a pas été fait d'évaluation, ce profit est réputé équivaloir à 10 % de la valeur d'assurance des marchandises.

Si le profit espéré est assuré séparément, sans que la valeur d'assurance de ce profit soit évaluée, on doit admettre, dans le doute, que la somme assurée représente également la valeur d'assurance (art. 806), c'est-à-dire 10 % de la valeur d'assurance des marchandises. (1)

Le Code italien (art. 612) décide que les marchandises chargées peuvent être assurées, ou pour le prix coûtant, en y joignant les frais de charge et du fret, ou pour le prix courant au lieu de destination à leur

(1) Desjardins, t. VI, p. 228.

arrivée sans avarie. Mais le même article ajoute :
« L'estimation faite dans le contrat des marchandises chargées, sans autre explication, peut se rapporter à ces deux cas, et il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 428 (cet article vise l'assurance pour une somme excédant la valeur des choses assurées), si elle n'est pas supérieure au plus fort des prix susdits. »

Nous avons dit que l'assurance du profit ne devait pas avoir pour conséquence de faire réaliser un gain à l'assuré et, à cet égard, nous avons critiqué, au point de vue purement juridique, la disposition de l'article 15 de la police sur facultés. Il est donc intéressant de nous demander comment on entend l'assurance du profit dans les principaux Etats étrangers. (1)

Aux Etats-Unis, le profit évalué de gré à gré dans la police fait, en principe, la règle du contrat.

En Angleterre, que le profit soit ou non évalué, l'assuré ne peut en réclamer un, quel qu'il soit, qu'à la condition de prouver que, sans la fortune de mer, le profit eût été réalisé, tout au moins probablement (*probably at least*).

En Belgique, la loi de 1879 contient, dans son article 190, une disposition analogue à celle de l'art. 15 de la police française : « Si les parties sont convenues de l'évaluation du profit espéré, cette évaluation fera loi, sans qu'il soit besoin d'autre justification. »

(1) V^e Desjardins op. cit., p. 225 et suiv. — de Valroger op. cit., p. 455 et 456.

Le Code hollandais, dont nous avons déjà cité l'art. 615, renferme, dans les articles 621 et 622, l'exposé du système que nous avons présenté comme étant le système rationnel en matière d'assurance sur profit.

Art. 621. — Le profit espéré est prouvé par les prix courants reconnus, ou, à défaut, par des rapports d'experts constatant le gain qu'on aurait pu raisonnablement obtenir, si les marchandises assurées, après un voyage ordinaire, étaient arrivées au lieu de destination.

Art. 622. — S'il est prouvé par les prix courants ou l'évaluation des experts, qu'en cas d'arrivée, le gain aurait été inférieur à la somme déclarée par l'assuré dans la police, l'assureur est libéré en payant cette somme inférieure. Il ne doit rien si les objets assurés n'auraient produit aucun profit.

En Allemagne, lorsque le profit est évalué, l'assureur peut toujours en contester l'évaluation. Mais il doit prouver qu'elle dépassait le profit que, d'après les calculs du commerce, on pouvait attendre, lors de la conclusion du contrat (art. 797).

C'est donc un système mixte, puisque, d'une part, on permet à l'assureur de contester l'évaluation et que, d'autre part, on ne se place pas, pour apprécier l'exagération, à l'époque de l'arrivée, mais à la date du contrat.

SECTION III.

Assurance en faveur des gens de mer.

Les gens de mer peuvent faire assurer leurs loyers pour la part qu'ils ne toucheront pas de l'armateur en cas de sinistre.

Cette assurance est encore de droit nouveau. L'ancien article 347 la proscrivait formellement au même titre que l'assurance du fret. (1) Les loyers, disait-on, constituent des gains pour les gens de mer : s'ils ne les réalisent pas, ils n'éprouvent aucune perte : et puis, il y a nécessité à intéresser les marins au sort du navire ; le meilleur moyen d'atteindre ce résultat, c'est de les forcer à rester en quelque sorte leurs propres assureurs. — Ces raisons, nous les avons déjà rencontrées et nous avons vu ce qu'elles valaient.

La prohibition de l'art. 347 était cependant la conséquence forcée des articles 258 et 259 (C. com.) Puisque, en effet, en cas de perte du navire et des marchandises, le capitaine et les matelots ne pouvaient réclamer aucun salaire, il était logique qu'ils ne pussent se faire garantir ce salaire par le moyen d'une assurance, sinon le but que se proposait le législateur eût été manqué.

(1) Nota : Même avant les modifications apportées à l'article 347 par la loi du 12 Août 1885, l'assurance des avances faites aux matelots était valable, car « le motif qui avait fait édicter l'interdiction de l'assurance des loyers n'existait pas pour l'assurance des avances. » C. de Bordeaux, 16 Mars 1887. (S. 88, 2, 201).

Il y avait dans les dispositions des art. 258 et 259 une atteinte grave « à l'équité et aux principes juridiques : jusqu'au jour de la perte du navire, les gens de mer ont rendu à l'armateur les services qu'il attendait d'eux ; donc ils ont droit à leurs loyers jusqu'à ce jour ; seulement, s'ils n'avaient pas fait tous leurs efforts pour sauver le navire et la cargaison, ils seraient passibles envers l'armateur de dommages-intérêts qui se compenseraient jusqu'à due concurrence avec leurs loyers. Voilà ce que réclame l'équité et ce qu'indique aussi le droit commun. » (1)

La loi du 12 Août 1885, suivant en cela l'exemple donné par la loi belge de 1879, a abrogé l'article 259 et modifié profondément l'article 258.

Aux termes de l'alinéa 1 du nouvel article 258, « en cas de prise, naufrage ou déclaration d'innavigabilité, les matelots engagés au voyage ou au mois sont payés de leurs loyers jusqu'au jour de la cessation de leurs services... » Avec cette rédaction, la prohibition de l'assurance des loyers n'avait plus sa raison d'être ; aussi le législateur l'a-t-il abolie dans le nouvel article 334. Il ne faut pas oublier toutefois que le principe d'indemnité qui domine l'assurance maritime s'appliquant aux gens de mer comme à tous autres, le résultat de l'assurance sera tout différent, suivant qu'ils auront été engagés au voyage ou au mois, ou bien à la part ou au fret.

(1) Danjon, p. 54.

Dans le cas d'engagement au voyage ou au mois, comme le capitaine et les matelots touchent, sauf l'hypothèse où l'armateur est insolvable, leurs loyers jusqu'au jour du naufrage, le montant de l'indemnité sera réduit d'autant, et l'assureur ne restera tenu que pour la part dont l'armateur est libéré par suite du sinistre. Même dans cette limite, l'assurance est encore une faveur exceptionnelle et déroge au but en vue duquel elle a été établie, parce que le plus souvent elle se résoudra en un véritable gain pour l'assuré. Supposons, par exemple, que le navire se perde le lendemain du départ, où est alors le préjudice pour les hommes de l'équipage ? Ils ont peut-être reçu trois mois d'avance qu'ils n'auront pas à rembourser (art. 258) et, avant trois mois, ils auront certainement trouvé un autre engagement. Le principe d'indemnité disparaît donc. On pourrait soutenir, il est vrai, qu'ils devront comprendre dans le délaissement aux assureurs leurs salaires ultérieurs à bord d'un autre navire. Mais, s'il leur plaît de rester oisifs pendant toute la durée de leur engagement primitif, qui donc pourra les en empêcher ? Ainsi, un capitaine sera engagé pour une campagne de deux ans ; à raison de 300 francs par mois, dit M. de Courcy, ses salaires atteindront 7.200 francs, somme qu'il a eu la prévoyance de faire assurer ; chaque matelot a fait assurer de même environ 1.500 francs, et ces sommes seront payées par les assureurs si le navire se perd le lendemain de son départ ! Il faut avouer qu'une telle assurance, établie pour

développer chez les gens de mer l'esprit de prévoyance, est bien faite pour détruire le courage et l'amour du travail que M. Grivart se plaisait à leur reconnaître dans son rapport au Sénat. (1)

Le législateur a donc été trop loin dans la voie de la réforme. Pour rester fidèle observateur du principe que l'assurance n'est qu'un contrat d'indemnité, il aurait dû, quant aux engagements au voyage ou au mois, n'admettre les gens de mer à faire assurer que la créance éventuelle qu'ils ont contre l'armateur, en vertu de l'art. 258.

En ce qui concerne les gens de mer engagés au profit ou au fret, la réforme apportée par l'article 334 doit être approuvée sans aucune restriction. Si, en effet, le nouvel article 258 a amélioré considérablement la condition des matelots engagés au voyage ou au mois, en leur donnant droit à leurs loyers jusqu'au jour de la cessation de leurs services, il a laissé intacte la situation de ceux engagés à la part ou au fret ; et il ne pouvait en être autrement, car étant liés à l'armateur bien plutôt par un contrat de société que par un contrat de louage de services, ils doivent, comme lui, subir toutes les conséquences du sinistre. (2) Aujourd'hui donc, à la différence des gens de mer engagés à salaire fixe, ceux qui sont engagés à profit éventuel sont encore exposés, comme sous l'empire de l'ancienne loi, à servir en

(1) de Courcy, Questions de Droit maritime, 2^e série, p. 395.

(2) Danjon, p. 31 et 39.

pure perte. On comprend alors l'intérêt immense que présente pour eux le nouvel article 334, en autorisant l'assurance des loyers.

LÉGISLATION COMPARÉE. — L'assurance des loyers des gens de mer est loin d'être universellement admise. Si on excepte la loi belge de 1879 qui, la première, a su s'affranchir des préjugés et de la routine, et la loi française qui l'a suivie peu après dans cette voie, on peut dire que la prohibition existe encore chez toutes les nations maritimes.

Le Code allemand, qui permet l'assurance du fret et du profit, interdit d'une manière formelle l'assurance des loyers du capitaine et des gens de l'équipage (art. 784).

Le Code italien de 1882 renferme la même disposition dans son article 607.

En Angleterre et aux Etats-Unis, le capitaine seul peut faire assurer ses loyers. (1) Quant aux autres membres de l'équipage, une pareille assurance leur est rigoureusement défendue. Cette distinction, si elle a eu autrefois sa raison d'être, ne s'explique plus aujourd'hui. Depuis 1854, en effet, le capitaine, qui n'avait jusque-là pour recouvrer ses gages qu'une simple action personnelle, est traité comme le reste de l'équipage ; de même qu'en France, le navire et le fret sont spécialement affectés aux loyers des matelots, quel que soit leur rang.

(1) V^e Desjardins, t. VI, p. 493. — de Valroger, t. III, p. 437. — Höchster et Sacré disent à tort que la loi anglaise prohibe l'assurance des loyers du capitaine. V^e t. II, p. 367.

Pourquoi alors ne pas poser une règle uniforme pour tous les gens de mer ? La logique voudrait qu'on défendît au capitaine comme à l'équipage de contracter une assurance sur loyers, ou bien qu'on accordât ce droit à l'un tout aussi bien qu'à l'autre. Maclachlan, dans ses notes sur Arnould, se déclare partisan de l'abolition de la défense ; mais la tendance de l'opinion commune est en sens contraire.

L'article 599 du Code hollandais, l'article 781, § 3 du Code espagnol déclarent également nulle l'assurance des salaires des gens de l'équipage.

SECTION IV.

Assurance en faveur des Prêteurs à la Grosse.

Cette assurance comprend :

- 1^o Les capitaux prêtés ;
- 2^o Le profit maritime ou prime de grosse.

§ I. — *Assurance des sommes prêtées.*

A première vue, on est tenté de se demander comment il se fait que la loi autorise une pareille assurance en faveur du prêteur. Par le prêt, en effet, la propriété des deniers ayant passé à l'emprunteur, il semblerait que c'est celui-ci, et celui-ci seul, qui devrait pouvoir les faire assurer. Nous savons cependant qu'il n'en est rien, et la raison

nous la connaissons : pour contracter une assurance, il faut avoir un intérêt à la conservation de la chose. cet intérêt est indépendant de la qualité de propriétaire ; or, dans le prêt à la grosse, l'emprunteur ne court aucun risque, puisque, en cas d'accident, il se trouve complètement libéré par suite de la clause de non restitution inhérente au contrat ; toutes les chances de perte reposent sur la tête du prêteur, et ainsi, bien que dessaisi de la propriété, il a le même intérêt à la conservation de la chose que s'il était propriétaire. Les législations sont unanimes sur ce point.

L'emprunteur pourrait-il lui-même se rendre assureur du capital ? Voici ce que répond Emérigon : « Il est sensible que cette assurance ne pourra être souscrite par le preneur lui-même, car ce n'est qu'en considération du risque maritime dont il est déchargé qu'il m'a promis un change de 12 $\frac{1}{100}$, plus ou moins. S'il se rendait mon assureur, l'essence du contrat à la grosse serait blessée entre lui et moi ; ce serait une usure masquée. » (1)

§ II. — Assurance du profit maritime.

L'assurance du profit maritime est encore une innovation de la loi de 1885. Le Code de commerce, dans son ancien article 347, la prohibait comme il prohibait l'assurance de tous les autres profits de la

(1) Emérigon, Traité des Assurances, ch. VIII, sect. II.

navigation. Cette défense, en l'espèce, était cependant particulièrement difficile à justifier, car le prêteur à la grosse n'a pas autorité sur le navire, il n'en dirige pas la marche, et les préoccupations de son intérêt personnel restent nécessairement sans influence sur la traversée. On donnait bien pour raison que permettre la combinaison du prêt et de l'assurance serait autoriser le prêteur à recueillir un intérêt usuraire sans aucun aléa ; mais il faut répondre que l'emprunteur a tout avantage à ce que le prêteur puisse faire assurer son profit maritime : étant couvert de ses risques, celui-ci exigera un taux d'intérêt moins élevé. (1)

Bien que le profit maritime soit rarement stipulé à tout événement, une pareille convention ne serait pas contraire à la loi. Mais, alors, il va de soi qu'il ne pourrait pas faire l'objet d'une assurance, le prêteur ne courant plus aucun risque.

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES. — De l'examen des différentes législations étrangères, il ressort que, si l'assurance du prêt à la grosse est reconnue par toutes, l'assurance du profit maritime n'est autorisée que par celles d'entre elles qui pratiquent l'assurance du fret. Et cela n'est nullement surprenant, car « le profit maritime des sommes prêtées à la grosse est tout à fait semblable au fret, en ce qu'il constitue un bénéfice préparé par une opération sérieuse, et aussi en ce que le montant en

(1) Droz op. cit., t. I, p. 173. — Alauzet op. cit., t. V, p. 145.

est déterminé par un contrat. C'est comme le fret une créance, et une créance garantie par des privilèges, dont l'exigibilité seulement est soumise à la condition que le navire arrivera à bon port. » (1)

Nous avons passé en revue, en étudiant l'assurance au profit des armateurs, les états qui admettent l'assurance du fret; nous n'avons donc qu'à nous reporter à ce qui a déjà été dit, pour savoir quels sont ceux chez lesquels l'assurance de la prime de grosse est autorisée.

Il est à remarquer qu'en Russie, où le taux de l'intérêt est, aujourd'hui encore, limité à 6 0/0, le profit maritime du capital prêté ne peut être assuré pour une somme supérieure à ce taux. (1) Chez nous, la réforme apportée par la loi de 1885, sans tenir compte de la limitation de l'intérêt, avait permis purement et simplement l'assurance du profit maritime, autorisant ainsi le prêteur à la grosse à recevoir sans courir de risques spéciaux, un intérêt supérieur à 6 0/0. Cette anomalie a subsisté jusqu'au jour où la loi du 12 Janvier 1886 est venue supprimer les dispositions restrictives édictées en 1807.

Au point de vue de la façon dont se contracte l'assurance du profit, il y a une différence à établir entre le système suivi en France et celui adopté par la plupart des législations étrangères. Tandis que, sans contrevenir à notre loi commerciale, il est

(1) Rapport de M. Griolet au Conseil d'Etat, 1873.

(2) Desjardins, t. VI, p. 216.

permis de faire assurer le prêt et la prime de grosse, sans les distinguer l'un de l'autre, en Angleterre, aux Etats-Unis, en Hollande, la police d'une assurance sur des sommes prêtées à la grosse doit exprimer séparément la somme prêtée et le profit maritime ; autrement, l'assurance est censée ne porter que sur le capital avancé, et, en cas de sinistre, l'assureur est en droit, s'il parvient à établir que la somme assurée excède le montant du prêt, de faire réduire d'autant l'indemnité qu'il doit à l'assuré.

De ces deux procédés, le second nous semble préférable ; seul, il met l'assureur à l'abri de toute surprise, et lui fait clairement entrevoir l'étendue de la responsabilité qu'il encourt, car, le profit maritime, représentant à la fois le prix de la jouissance du capital avancé à l'emprunteur et le prix des risques assumés par le prêteur, sera d'autant plus élevé que ceux-ci seront plus considérables.

APPENDICE.

ASSURANCE DU COÛT.

Toute personne, après avoir fait assurer les biens exposés par elle aux risques de mer, peut faire assurer sa prime, c'est-à-dire le coût de l'assurance principale ; elle peut également stipuler qu'on lui remboursera la prime des primes. Grâce à ces assurances supplémentaires répétées autant de fois qu'il est nécessaire, l'intéressé arrive, en cas de sinistre, à recevoir la somme entière portée au contrat.

La faculté d'assurer le coût de l'assurance n'est pas nouvelle. Déjà l'Ordonnance (Liv. III, tit. VI) la mentionnait dans son article 20 : « *Il sera loisible aux assurés de faire assurer le coût de l'assurance,* » et l'article 334, modifié par la loi de 1885, ne fait que rééditer sur ce point la faculté accordée par l'article 342.

Si le législateur a crû devoir s'expliquer formellement à ce sujet, bien qu'une telle assurance semble toute naturelle, c'est que les anciens commentateurs avaient émis des doutes sur sa validité, du moins pour le cas où l'on recourait à la même personne pour faire assurer le principal et la prime.

Se laissant prendre aux apparences, ils croyaient que ces assurances accessoires faisaient, en fin de compte, disparaître la prime, et partant transformaient l'assurance en un contrat de bienfaisance. C'était là une erreur manifeste : au lieu d'une prime unique, nous trouvons, au contraire, autant de primes qu'il y a d'assurances distinctes.

Il est vrai qu'en cas d'accident, l'intéressé sera libéré de tout paiement et rentrera dans l'intégralité de la somme assurée ; mais y a-t-il là quelque chose qui répugne à la nature du contrat ? La prime, pour être conditionnelle, n'en subsiste pas moins ; de plus, la possibilité de toucher une somme plus forte en cas d'heureuse arrivée, compense largement pour l'assureur l'avantage fait à l'assuré de ne subir aucune déduction s'il y a sinistre, et rend la convention parfaitement licite. (1)

Avant la loi de 1885, on pouvait toujours assurer la prime et la prime des primes. C'était là une conséquence de l'interdiction d'assurer le fret et le profit ; sinon, en cas de sinistre, l'intéressé étant forcé d'acquitter ses obligations sur le montant de son indemnité, n'aurait pas recouvré par l'assurance la situation qu'il avait avant la mise en risques.

Depuis cette loi, il y a une distinction à faire. Comme d'une part, en vertu de l'article 334 (al. 1), le fret et le profit peuvent faire l'objet d'une assurance, et que, d'autre part, d'après l'alinéa 2 du

(1) Danjon, p. 308. — Laurin, p. 304. — Alauzet, t. V, p. 411.

même article, toute assurance cumulative est interdite, si l'armateur fait assurer le fret brut, le chargeur l'entier montant du profit espéré, le prêteur à la grosse tout le profit maritime, la prime ne pourra plus être assurée : ces diverses sommes étant, en effet, destinées à couvrir tous les frais de l'expédition, y compris la prime, si celle-ci pouvait faire en outre l'objet d'une assurance spéciale, elle ferait double emploi et permettrait à l'intéressé de retirer de l'opération un bénéfice illicite.

MM. Lyon-Caen et Renault font observer que l'assurance de la prime n'est guère usitée qu'en temps de guerre. (1) Cela tient à ce qu'alors, le taux des primes étant très élevé, les assurés désirent davantage se mettre à l'abri de la perte que l'obligation de les payer leur ferait subir si le sinistre venait à se réaliser. Une cause spéciale contribue d'ailleurs à rendre souvent cette assurance inutile, c'est l'évaluation exagérée donnée dans la police à la chose assurée. Il y a, à cet égard, une tolérance d'usage ; les assurés touchant ainsi, en cas de sinistre, une somme supérieure à la valeur de la chose assurée, ont de quoi payer la prime sans éprouver de perte.

Aujourd'hui, comme cela existait déjà sous l'empire de l'Ordonnance de 1681, le coût de l'assurance n'est pas, en France, comprise de plein droit dans l'assurance du principal ; il forme l'objet d'une assurance spéciale qui doit être clairement stipulée.

(1) Lyon-Caen et Renault op. cit., t. II, p. 328, n° 3.

Si donc, abstraction faite d'une assurance sur profit espéré, la valeur des marchandises n'est pas déterminée dans la police, le coût de l'assurance n'entrera pas en ligne de compte, lors du règlement, pour fixer la valeur assurable.

Le projet de révision de 1867 comprenait une disposition contraire que la loi de 1885 aurait dû maintenir pour être d'accord avec le nouveau principe d'indemnité qu'elle posait. « Si la valeur des marchandises, y est-il dit, n'est point fixée par le contrat, elle peut être justifiée par les factures et par les livres ; à défaut, l'estimation en est faite suivant le prix courant au temps et au lieu du chargement, y compris tous les droits payés et les frais-faits jusqu'à bord, ainsi que le coût de l'assurance. » (Cpr., art. 339).

Que la loi nouvelle ait continué, comme par le passé, à considérer, à défaut d'évaluation dans la police, la valeur des marchandises au point de départ, cela s'explique, nous l'avons vu, par un motif d'utilité pratique admis par toutes les législations. Mais si, sur ce point, cédant à la nécessité, notre législateur s'est mis en contradiction avec le principe qu'il venait d'édicter, principe en vertu duquel l'assuré doit être remis désormais dans la situation qu'il aurait eue en cas de réussite de l'expédition, pourquoi, lorsqu'il lui était si facile de le respecter, y a-t-il dérogé inutilement ? Les rédacteurs de la police française sur facultés n'ont pas suivi les mêmes errements ; ils ont, dans l'article 15, § 2,

suppléé à cette lacune. Voici en quels termes est conçu cet article :

« Le prix coûtant sera établi par les factures d'achat, et, à défaut, par les prix courants aux temps et lieux du chargement, le tout augmenté de tous les frais jusqu'à bord, des avances de fret non restituables et de la prime d'assurance, mais sans intérêt. »

La même règle est suivie en Allemagne. « On considère, dit l'article 803, comme valeur d'assurance des marchandises, à défaut d'autre base d'estimation fixée par la convention des parties, la valeur que les marchandises ont au lieu et au temps du chargement, en y ajoutant tous les frais jusqu'à la mise à bord, y compris les frais d'assurance....

En Angleterre et aux Etats-Unis, on comprend également le coût de l'assurance dans la valeur assurable des marchandises, à défaut d'évaluation dans la police. (1)

(1) V^r Desjardins, t. VI, p. 232 et 233. — Höchster et Sacré, t. II, p. 647.

CHAPITRE IV.

DE LA RÉASSURANCE ET DE LA REPRISE D'ASSURANCE.

§ I. — *De la Réassurance.* — L'assureur peut se décharger totalement ou partiellement sur une tierce personne des risques maritimes dont il s'est rendu responsable, tout en continuant néanmoins d'être tenu vis-à-vis de l'assuré primitif. Cette opération, connue sous le nom de réassurance, était déjà autorisée par l'Ordonnance de 1681. « Il sera loisible aux assureurs, disait-elle, de faire réassurer par d'autres les effets qu'ils auront assurés... » Le Code de commerce, dans son article 342, § 1, a reproduit à peu près textuellement cette disposition.

La légitimité de la réassurance ne saurait être contestée. Par suite de l'assurance, en effet, l'assureur a pris à sa charge les risques auxquels est exposée la fortune de l'assuré ; il est donc juste qu'à son tour, il puisse se garantir contre l'éventualité des mêmes accidents.

Mais, de prime abord, on est tenté de se demander quel profit peut offrir une telle combinaison ? Assurer quelqu'un d'une part, se faire réassurer d'autre part, semble bien donner d'une main la prime que l'on touche de l'autre ! Il suffit, cepen-

dant, pour apercevoir l'utilité de la réassurance, de songer que l'assureur peut, lors du contrat, avoir mal apprécié l'étendue des risques, sans qu'il y ait eu de la part de l'assuré la moindre réticence. Si donc, par la suite, il vient à en connaître la gravité, il gagnera à l'opération, dans tous les cas, sa sécurité, et en cas d'accident, le remboursement de l'indemnité qu'il est obligé de payer. De plus, la prime de la réassurance pourra parfois être moins élevée que celle de l'assurance ; le réassuré réalisera alors, quoiqu'il arrive, un bénéfice certain. Cette spéculation, prévue par le § 3 de l'article 342, ne fait pas échec au principe que l'assurance ne doit pas être pour l'assuré une cause d'enrichissement, car elle repose uniquement sur les variations du taux de la prime, qu'il faut abandonner à la liberté des parties. (1)

En dehors de ces deux avantages, la réassurance en offre encore un troisième, qui est d'élargir notablement le cadre des opérations des compagnies d'assurances. Personne n'ignore, en effet, que par suite d'une mesure de prudence, les statuts de la plupart des compagnies leur défendent de s'engager pour un même risque au-delà d'une certaine somme appelée « *plein*. » Si donc, une fois liées par le contrat, elles devaient garder totalement à leur charge les risques qu'elles ont assumés, elles se verraient souvent dans la rigoureuse nécessité de

(1) de Valroger, III, n° 1467.

manquer des opérations fructueuses. Grâce à la réassurance, les compagnies parviennent à concilier leur devoir et leur intérêt.

La réassurance est un contrat absolument distinct de l'assurance originaire. Elle laisse par conséquent intacts les rapports juridiques créés entre l'assuré et l'assureur. « Le premier contrat, dit Emérigon, subsiste tel qu'il a été conçu, sans novation ni altération. La réassurance est complètement étrangère à l'assuré primitif avec lequel le réassureur ne contracte aucune sorte d'obligation. Les risques que l'assureur avait pris forment, entre lui et le réassureur, la matière de la réassurance, laquelle est un contrat nouveau, totalement distinct du premier qui n'en subsiste pas moins dans toute sa force. » (1)

Il résulte de ce principe : qu'en cas de sinistre, l'assuré ne peut réclamer d'indemnité qu'au premier assureur, et qu'il n'a pas d'action directe contre le réassureur, parce que le nouveau contrat est pour lui *res inter alios acta*.

Il s'en suit également que si l'assuré ne paie qu'une partie de la prime, l'assureur doit néanmoins la prime entière de la réassurance ; que si, à l'inverse, l'assureur en faillite n'acquitte pas entièrement la somme stipulée, l'assuré ne peut pas se faire rembourser la différence par le réassureur, car

(1) Emérigon op. cit., ch. VIII, sect. 14.

la totalité de la somme réassurée revient de droit à la masse des créanciers. (1)

Enfin, de ce que les relations établies par le contrat d'assurance ne sont pas susceptibles d'être modifiées par le fait de l'assureur, il faut conclure que les compagnies dont les affaires périlclitent ne peuvent pas, sans l'assentiment formel de leurs clients, vendre à d'autres compagnies l'ensemble de leurs polices. La jurisprudence s'est toujours montrée très ferme sur ce point. (2) Il faut noter toutefois que, si la société venderesse prend les mesures nécessaires pour l'exécution des contrats dans l'avenir, sa situation équivaut à celle d'une société en liquidation, dont la personnalité est réputée subsister pour l'exécution des actes sérieux accomplis avant la dissolution, jusqu'à ce que la liquidation soit terminée. Dès lors, la solution qui s'impose est la nécessité pour les assurés de payer la prime. La société cessionnaire, pour parer à toutes difficultés, dira aux assurés de la société cédante : voulez-vous m'accepter pour débitrice ? Mon capital est considérable ; votre sécurité ne sera pas diminuée. Si oui, je deviens votre débitrice et votre créancière par l'effet d'une double novation. Si non, toutes mesures sont prises pour que la société avec laquelle vous avez contracté, et qui est en liquidation, vous donne

(1) Danjon, p. 309. — Droz, t. I, p. 170.

(2) V^r S. 1883, 2, 175. — S. 1884, 2, 48. — S. 1885, 4, 15. — S. 1885, 2, 151. — S. 1885, 1, 488. — Trib. civ. de Laon, 17 Nov. 1890. (V^r Recueil périodique des assurances, Déc. 1892, p. 759).

entière satisfaction. C'est ce qu'a parfaitement compris la Cour de Douai dans un arrêt du 19 Novembre 1879. (1)

Si la réassurance est un contrat distinct de l'assurance originaire, il ne faut pas oublier qu'elle a uniquement pour but de faire supporter par une tierce personne les risques dont l'assureur a assumé la responsabilité. De là il découle entre autres conséquences :

1^o Que l'effet de la réassurance est subordonné à celui de l'assurance, de telle sorte que si celle-ci est nulle ou caduque, celle-là subira le même sort. Toute réassurance n'ayant pas pour aliment une première assurance serait une gageure.

2^o Que la réassurance ne pourra porter que sur les choses qui ont fait l'objet du premier contrat. Si donc l'assureur n'a pas garanti le remboursement de la prime, il ne peut se faire garantir ce même remboursement. Autrement, la réassurance deviendrait pour l'assureur un moyen de s'enrichir et perdrait son caractère de contrat d'indemnité. (2) Mais il lui est loisible de comprendre dans la réassurance tous les effets assurés sans être obligé de déduire les primes reçues ou stipulées. « Le réassureur, dit Emérigon, est tenu de l'assurance faite et

(1) V^r S. 1882, II, p. 3 et note de la p. 2. — C. de Paris, 25 Janv. 1892. — Trib. de Limoges, 2 Avril 1892. (V^r Recueil périodique des Assurances, p. 758, Déc. 1892).

(2) Droz, t. I, p. 166 et 171. — Em. Cauvet, I, n^o 293.

il est obligé de payer tout ce que l'assureur doit payer lui-même. » Certains commentateurs, (1) il est vrai, s'élèvent contre cette solution, sous prétexte que l'assureur ne devant payer la somme assurée que déduction faite de la prime, ne court pas en réalité de risques pour la somme entière. Mais il y a là une erreur manifeste qu'un simple exemple suffira à dissiper. Supposons une assurance faite pour 10,000 francs, moyennant une prime de 10 $\frac{0}{0}$, soit de 1.000 francs ; en cas de perte, l'assureur ne déboursa effectivement que 9.000 francs. S'il ne pouvait faire réassurer que 9.000 francs, il ne recevrait lui-même du réassureur que cette somme moins la prime (que nous supposons être aussi de 10 $\frac{0}{0}$), c'est-à-dire 8.100 francs, il perdrait donc 900 francs. Si, au contraire, l'assureur peut comprendre dans la réassurance toute la somme assurée, il paiera 10.000 francs à l'assuré, et recevra une somme égale du réassureur ; il recevra de l'assuré à titre de prime 1.000 francs et paiera cette même somme au réassureur. Par conséquent, il évitera seulement une perte. (2)

Nous ne nous arrêterons pas à l'examen des diverses législations. Toutes reconnaissent aujourd'hui l'utilité de la réassurance, et suivent en ce qui

(1) Valin, sur l'art. 20 du titre VI du liv. III. — Pothier, n° 35. — Boistel, n° 1360.

(2) Nous empruntons cet exemple à MM. Lyon-Caen et Renault, n° 2088. — Sic. Desjardins, VI, p. 241. — de Valroger, III, p. 473.

la concerne, les principes du droit français. Notons seulement que l'Angleterre a résisté longtemps avant de lui donner droit de cité. Un acte du Parlement de 1746, sous Georges II, la prohibait formellement, afin d'arrêter les nombreuses spéculations auxquelles elle donnait lieu. Exception était faite, cependant, pour le cas où la réassurance était contractée à la suite de la faillite ou du décès du premier assureur, encore fallait-il, pour qu'elle fût valable, que la police exprimât clairement qu'il s'agissait d'une réassurance.

Différentes lois portées sous le règne de Victoria ont aboli toutes les restrictions, et actuellement de nombreuses sociétés de réassurance sont en pleine prospérité chez nos voisins d'Outre-Manche.

§ II. — *Reprise d'assurance.* — L'assuré qui, à un moment donné, craint de ne pas toucher, en cas de sinistre, l'indemnité d'assurance, peut faire assurer la solvabilité de son assureur.

Pour ne pas porter préjudice aux assureurs qui seraient discrédités aux yeux de l'opinion publique, si l'assurance de leur solvabilité était faite d'une manière directe et ostensible, on a imaginé un moyen détourné, connu sous le nom de reprise d'assurance : « l'assuré, dit M. Danjon, stipule d'un tiers que celui-ci l'indemniserà lui-même en cas de sinistre, moyennant cession à ce tiers des droits éventuels de l'assuré contre l'assureur. En un mot, le tiers qui reprend l'assurance, est subrogé aux obligations de l'assureur envers l'assuré, et aux droits de l'assuré

contre l'assureur : en cas de sinistre, il indemniserà l'assuré, sauf à réclamer lui-même l'indemnité à l'assureur. » (1)

Cette opération, on le voit, ne doit pas être confondue avec la réassurance : à la différence de ce contrat qui a une existence absolument distincte de l'assurance originaire, la reprise d'assurance n'est autre que le contrat primitif modifié par l'intervention d'une tierce personne qui prend à l'égard de l'assuré la place de l'assureur. — Un jugement du tribunal de la Seine du 22 Juillet 1850 a distingué très nettement la réassurance et la reprise d'assurance. Il s'agissait dans l'espèce d'un sieur X., qui avait fait assurer contre l'incendie à la C^{ie} l'*Union* diverses propriétés. A quelques années de là, il avait souscrit une seconde assurance à la C^{ie} la *Paternelle* avec cession de tous ses droits contre l'*Union*. En retour, la société cessionnaire s'était obligée à payer en l'acquit de l'assuré et jusqu'à l'expiration du contrat le montant de la prime. Un incendie étant survenu, après avoir acquitté l'indemnité fixée par les experts, la *Paternelle* introduisit, comme subrogée aux droits de l'assuré, une action contre l'*Union*. Celle-ci opposa à cette demande la nullité de la police pour cause de réassurance, mais le tribunal refusa de lui donner satisfaction pour les motifs suivants :

(1) Danjon, p. 308.

« Attendu qu'il ne s'agit pas dans l'espèce d'une assurance sur assurance, mais d'une reprise en garantie d'assurance, contrat parfaitement licite, et dont la validité est d'ailleurs reconnue par l'article 10 de la police de l'*Union* qui porte que si l'assuré fait garantir son assurance, il est tenu de le déclarer et de le faire mentionner sur la police ;

« Attendu que la Cie l'*Union* reconnaît que la garantie d'assurance contractée par la *Paternelle* lui a été déclarée par lettre missive à elle adressée par cette compagnie ; qu'aucune forme particulière n'étant prescrite pour cette déclaration, elle a été valablement faite de cette manière par le second assureur exerçant les droits de l'assuré ;

« Attendu qu'il est vrai que mention n'en a pas été faite sur la police, mais que cette mention ne peut pas être considérée comme une condition substantielle ; d'une part, parce que la garantie d'assurance n'apporte aucune modification aux droits ou obligations de l'assureur, qui restent les mêmes sans augmentation ni diminution ; d'autre part, parce que du silence gardé par l'*Union* après la déclaration de garantie, et même, du fait d'avoir postérieurement reçu la prime, résulte la preuve qu'elle ne voyait pas, dans cette cause, de résiliation de l'assurance..... » (1)

En vertu du principe que les conventions sont

(1) V^r Bonneville de Marsangy, 3, 14 et 2, 618. (Arrêt de la Cour d'Orléans, 20 Av. 1880).

libres si elles ne dérogent pas à l'ordre public et aux bonnes mœurs (art. 6, C. civ.), les compagnies sont en droit de stipuler que toute reprise d'assurance est interdite sous peine de résiliation de leur engagement.



POSITIONS.

Droit Romain.

I. — L'*Infantia* en droit classique duré jusqu'à 7 ans.

II. — Les pactes nus donnent naissance à une obligation naturelle.

III. — Dans la vente pure et simple d'un corps certain, la question des risques est gouvernée par la règle « *res perit creditori*, » et non par la maxime « *res perit domino*. »

IV. — Dans l'action négatoire, le demandeur doit prouver l'inexistence de la servitude.

Droit Civil.

I. — L'héritier saisi qui a laissé s'accomplir la prescription de 30 ans sans prendre parti sur la succession, doit être considéré comme définitivement acceptant.

II. — L'héritier réservataire qui renonce à la succession ne doit pas être compté pour le calcul de la réserve.

III. — Dans la vente par correspondance, le contrat se forme au moment même où celui à qui l'offre est faite se dessaisit de la lettre d'acceptation.

IV. — La séparation des patrimoines ne constitue pas un véritable privilège.

Droit Maritime.

I. — L'affrètement constitue le plus souvent un pur contrat de transport.

II. — C'est en vertu du contrat d'affrètement, et comme représentant du fréteur, que le capitaine est tenu de louer un autre navire en cas de perte ou d'innavigabilité du premier.

Droit Criminel.

III. — Dans le calcul de la peine, l'aggravation pour cause de récidive doit précéder l'atténuation pour cause de circonstances atténuantes.

Droit Constitutionnel.

IV. — Si on excepte la forme républicaine qui, aux termes de l'article 2 de la loi du 14 Août 1884, ne peut pas être remise en question, les pouvoirs de révision de l'Assemblée nationale sont illimités, même dans le cas où les points à réviser ont été indiqués dans les délibérations préalables des deux Chambres.

Vu :

Le Professeur,
Président de la thèse,
J. MARIE.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,
EDMOND VILLEY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,
Le Recteur de l'Académie de Caen,
E. ZEVORT.

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

	PAGES
INTRODUCTION	5
CHAPITRE I. — DATE, TEXTE, BUT ET ESPRIT DU S.-C. VELLÉIEN	12
CHAPITRE II. — APPLICATION DU S.-C. VELLÉIEN.	
§ I. — Définition de l' <i>intercessio</i> . — Ses diverses espèces.	
— Conditions qu'elle doit remplir	17
§ II. — Personnes auxquelles il est défendu d'intercéder.	22
§ III. — Cas où il n'y a pas <i>intercessio</i> dans le sens du S.-C. Velléien	25
CHAPITRE III. — EXCEPTIONS AU S.-C. VELLÉIEN	42
CHAPITRE IV. — EFFETS DU S.-C. VELLÉIEN.	
Section I. — Effets du S.-C. par rapport à la femme	57
§ I. — Du refus d'action.	58
§ II. — De l'exception du S.-C. et de la réplique	59
§ III. — De la <i>condictio indebiti</i> et de la revendication.	62
§ IV. — Le S.-C. Velléien ne permet pas que la femme soit obligée même naturellement	65
Section II. — Effets du S.-C. Velléien par rapport au créancier, ou de la restitution d'action.	66
CHAPITRE V. — INNOVATIONS DE JUSTINIEN	76
§ I. — De la formalité d'un acte public	76
§ II. — Du cas où la femme intercéde pour son mari.	79
APPENDICE. — APERÇU SUR LES DESTINÉES ULTÉRIEURES DU S.-C. VELLÉIEN	82

DROIT FRANÇAIS.

	PAGES
NOTIONS PRÉLIMINAIRES.	87
CHAPITRE I. — CARACTÈRES JURIDIQUES DU CONTRAT D'ASSURANCE :	
<i>Synallagmatique.</i>	97
<i>Consensuel</i>	98
<i>A titre onéreux</i>	100
<i>Conditionnel</i>	101
<i>Aléatoire</i>	103
<i>Essentiellement de bonne foi</i>	107
CHAPITRE II. — NATURE DU CONTRAT D'ASSURANCE.	129
Différentes interprétations de la formule :	
<i>Le contrat d'assurance est un contrat d'indemnité</i>	153
Interprétation adoptée par les rédacteurs du Code de commerce	153
Interprétation adoptée par la législation de 1885	160
Le principe ancien n'a-t-il pas été maintenu dans une hypothèse? — Pour quel raison ?	161
CHAPITRE III. — OBJETS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE ASSURÉS.	165
Section I. — Assurances en faveur des propriétaires de navires.	
§ I. — Assurance du navire	168
Législation comparée	173
§ II. — Assurances spéciales des agrès et appareils, des armements et victuailles	175
§ III. — Assurances du fret ou du prix de transport des passagers.	
I. — Assurance du fret	182
Législation comparée	185
II. — Assurance du prix de transport des passagers.	189
Législation comparée	190

	PAGES
Section II. — Assurance en faveur des chargeurs.	
Assurance des marchandises.	191
Assurance du fret à payer. — <i>Cette assurance</i> <i>était-elle prohibée avant la loi du 12 Août</i> <i>1885 ?</i>	195
Assurance du profit espéré	200
Législation comparée	203
Section III. — Assurance en faveur des gens de mer.	
Assurance des loyers	210
<i>Le législateur n'a-t-il pas été un peu loin</i> <i>dans la voie de la réforme ?</i>	213
Législation comparée	214
Section IV. — Assurance en faveur des prêteurs à la grosse.	
§ I. — Assurance des sommes prêtées	215
§ II. — Assurance du profit maritime	216
Législation comparée	217
APPENDICE. — Assurance du coût	220
Législation comparée.	
CHAPITRE IV. — RÉASSURANCE ET REPRISE D'ASSURANCE.	
§ I. — Réassurance	225
§ II. — Reprise d'assurance	231

POSITIONS.



ERRATA.

- Page 18, ligne 10, lisez : sans avoir un intérêt personnel ni l'intention de s'obliger *animo donandi*.
- 19, " 27, au lieu de : *adpromisor*, lisez : *adpromissor*.
- 25, " 26, " *restitutur*, " *restituitur*.
- 44, " 13, " *procuratur*, " *procurator*.
- 49, " 7, " *quod*, " *quum*.
- 51, " 11, lisez : *excogitata probari possunt, rata haberi non oportere*.
- 66, " 24, au lieu de : complètement, lisez : pour le tout.
- 68, et autres, " *Gaius*, lisez : *Gaius*.
- 88, note, " ch. XLII, lisez : ch. XLIX.
- 89, ligne 10, " les, lisez : le.
- 107, " 4, effacez : brièvement.
- 168, " 20, lisez : le fret espéré du navire, ou le prix du transport des passagers.
- 172, " 26, au lieu de : harmonie, lisez : *Harmonie*.
- 179, " 8, lisez : l'assurance sur victuailles et mises dehors.
- 192, " 4, au lieu de : où, lisez : ou.
-

